Jaime Bassa

CHILE DECIDE

POR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Planeta

Chile decide:
Por una nueva Constitución

Este libro no podrá ser reproducido, ni total ni parcialmente, sin el previo permiso escrito del editor. Todos los derechos reservados.

© 2020, Jaime Bassa
Derechos exclusivos de edición
© 2016, Editorial Planeta Chilena S.A.
Avda. Andrés Bello 2115, 8º piso, Providencia, Santiago de Chile
Imagen de portada: Nicolás González @nicogonzalez

1ª edición: abril de 2020

ISBN edición impresa: 978-956-360-721-5
ISBN edición digital: 978-956-360-722-2

Diagramación digital: ebooks Patagonia
www.ebookspatagonia.com
info@ebookspatagonia.com

Chile decide:
Por una nueva Constitución

Jaime Bassa Mercado

A nuestra hija Aurelia,
cuya alegría llegó para renovar las luces de toda la familia

El dolor se acumula, decía mi amigo, eso es un hecho
y cuanto mayor sea el dolor menor es la casualidad

Roberto Bolaño, *2666*

Entre dos individuos la armonía nunca viene dada,
sino que debe conquistarse indefinidamente

Simone de Beauvoir, *La plenitud de la vida*

Índice

Presentación

Antecedentes del #18deOctubre

- El punto de partida: la democracia constitucional
- Malestar social y malestar constituyente
- Golpe a golpe, verso a verso
- La Constitución de 1980 como dispositivo para contener al adversario
- Levántese más temprano; dos Chiles
- Sin chaqueta, sin corbata, sin privilegios
- Chile cambió: cambio cultural y cambio constitucional
- No era depresión; era neoliberalismo
- Subsidiariedad y derechos sociales
- El “orden público económico” como pilar del diseño constitucional

El contenido del conflicto social

- Violencia y representación; por qué estamos en la calle
- La protesta social como forma de disputa por el orden vigente
- Emergencia, estado de excepción constitucional
- El baile de los que sobran: la participación es la clave del proceso constituyente
- Nunca más sin nosotrxs

Proyecciones hacia la nueva Constitución

- Sobre el experimento constituyente de 2017
- Hoja en blanco y dos tercios

Las prácticas constituyentes del malestar
La demanda por derechos sociales como demanda por una vida digna
Educación pública: democratizar la cultura y el conocimiento
Descentralización del poder y gobiernos locales
El otro cambio, ahora en la cultura política: una Constitución que deje jugar
Un último cambio cultural: la interpretación constitucional
La constituyente: con todo si no pa'qué
Una nueva Constitución, pero nueva de verdad
Puntos de fuga para nuevos contenidos constitucionales
Qué garantías tenemos: solo participar

Lecturas sugeridas

Encuéntranos en...

Otros títulos de la colección

Presentación

Chile se encuentra en un complejo trance histórico, cuyas particularidades nos presentan desafíos muy importantes a todas y todos quienes habitamos estas tierras, así como a nuestros compatriotas que viven en el extranjero. Se trata de desafíos que interpelan tanto a aquella clase política que protagonizó nuestra historia más reciente, marcada por la llamada *transición a la democracia*, como a esas personas comunes que, desde distintos rincones y márgenes de nuestra sociedad, se alzaron con fuerza en los últimos meses. Nuevos desafíos, sin duda, pues parece claro que, desde los acontecimientos del 18 de octubre de 2019 en adelante, el camino que veníamos transitando hacia la democracia fue interrumpido y nos encontramos a la espera de reemplazarlo por uno nuevo. Un tránsito interrumpido como resultado de una manifestación de la voluntad soberana –libre y consciente, pero también tensa y compleja– de quienes se rebelaron, masivamente, contra cierta forma de vida, contra cierta forma de llevar adelante los destinos del país. Y es que fue a través de diversos actos de protesta que un sujeto político olvidado reclamó el lugar que le corresponde en tanto titular originario del poder político. El pueblo –ese viejo concepto de la teoría política, supuestamente inmaterial e intangible, que muchas veces esconde la complejidad de pueblos que conviven políticamente y comparten sus destinos– irrumpió ese 18 de octubre en la vida política del país para cambiar el curso de la historia de forma irreversible.

Una ruptura con aquella continuidad histórica que caracterizaba a nuestra forma de existir en tanto comunidad política y que abre un portal hacia nuevas posibilidades, hacia nuevos horizontes todavía inciertos, que nos invitan a pensar esa novedad con esperanza y responsabilidad. Un acontecimiento que nos obliga a encontrarnos, incluso desde nuestras diferencias, para pensar juntas, juntos, cómo seguiremos conviviendo en adelante, cuáles serán las reglas básicas que permitirán que las y los integrantes de esta sociedad puedan compartir democráticamente y en paz. Un acontecimiento que viene a evidenciar que el orden anterior –ese que ya podemos dar por terminado– no tuvo la capacidad ni la legitimidad suficiente para garantizar justicia y paz social.

Creo que estamos en presencia de un hecho que transformará el modo de relacionarnos entre nosotras y nosotros; pero también es cierto que será muy difícil hablar en propiedad de aquello que acontece, considerando que su desarrollo nos involucra a cada paso que damos y, además, que esos nuevos horizontes aún parecen lejanos. En este sentido, asumo el desafío que significa escribir un libro como este, en pleno desarrollo de los acontecimientos, pues me parece que esa incertidumbre que caracteriza a los tiempos que corren no nos puede inmovilizar; por el contrario, la interpelación que dicha incertidumbre representa debe llamarnos a que nos involucremos activamente en estos procesos sociales y a contribuir, desde la esfera y posibilidades de cada cual, para que el resultado sea un país más justo y democrático.

Por otro lado, en estos meses han salido a flote todas las tensiones y contradicciones que le habían dado forma a nuestra sociedad. Mientras de algunas de ellas parecíamos no tener mayor consciencia, otras las habíamos dado por superadas. Desde la violencia social que se ha desplegado en las calles hasta las violaciones masivas a los derechos humanos como consecuencia de la violencia estatal, pasando por una serie de tensiones que se han dejado ver en nuestras relaciones sociales, familiares y laborales, alimentadas por las dificultades de aceptar y respetar aquellas diferencias políticas que habíamos ocultado por años. *En la mesa no*

se habla de política bien podría ser uno de los eslóganes de ese orden social que comienza a morir luego del 18 de octubre, un orden social forjado bajo las condiciones de un consenso político impuesto, falso, que renegó del disenso y de la diferencia como valor constitutivo de una sociedad democrática y nos obligó a vivir como si no hubiera alternativas posibles. Hoy, el conflicto social estalló en nuestras narices y no teníamos la preparación necesaria para responder, para pensar más allá de los bordes que nos impuso ese consenso artificial, inestable.

Es en este orden de ideas, desde la posibilidad de vislumbrar nuevos horizontes y de pensar esa novedad que nos interpela, que hemos concebido este libro como una forma de aportar en una de las muchas dimensiones que tienen estos tiempos de crisis y de cambio social: la demanda por una nueva Constitución. Se trata de una más de las diversas demandas sociales que le han dado forma a la discusión pública, política y social de los últimos meses. No es la única y, probablemente, tampoco sea la más importante: las denuncias por violaciones a los derechos humanos deben ser una alerta para que la discusión constituyente no incurra en los errores de nuestro pasado reciente. Sin embargo, la demanda por una nueva Constitución es transversal a muchas de las demandas sociales que se han levantado en las últimas décadas, por lo que ha cobrado una centralidad muy importante en el debate público y merece una atención especial. Asimismo, esta demanda representa el rechazo social a un orden constitucional neoliberal y subsidiario, cuyos enclaves autoritarios terminaron por neutralizar la actividad política, deslegitimándola todavía más; representa, al mismo tiempo, la esperanza de construir, democráticamente, un orden distinto.

El presente trabajo, por lo tanto, se construye desde esa demanda, explicando por qué, desde mi perspectiva, es necesaria una nueva Constitución para Chile, cuáles son las razones de la ilegitimidad de la actual norma fundamental y por qué existe una relación tan importante entre el orden constitucional y eso que desde hace algún tiempo ha sido denominado como *los problemas reales de la gente*. De alguna manera, es una respuesta a aquella paradoja que los

memes han logrado formular de manera tan sencilla y clara en los últimos meses: *cómo es que la Constitución es tan importante que no la podemos cambiar sin destruir el país y, al mismo tiempo, tan insignificante que cambiarla no resuelve nada*. Como sociedad debemos enfrentar el doble desafío que representa haber convivido durante cuarenta años con la ilegitimidad de la Constitución vigente y, al mismo tiempo, construir un nuevo orden constitucional justo, inclusivo y democrático, con la mayor participación posible, a través de una deliberación honesta, libre de trampas y de temores infundados, que nos permita superar las condiciones que hicieron posible la crisis política y social que nos aqueja. Nuestra participación en los procesos electorales es clave, no solo para la legitimidad del orden vigente, sino para que en su diseño nuestras necesidades e intereses tengan la incidencia que exige una sociedad democrática.

En ese proceso de deliberación, este libro pretende contribuir, humildemente, acercando algunos de los elementos que le dan forma a la discusión constituyente actualmente en curso y ordenando las ideas que he compartido, a lo largo de los últimos meses, en diversos encuentros y diálogos con la ciudadanía. Ese proceso de encuentro y escucha ha sido una ayuda fundamental para enriquecer este trabajo, por lo que agradezco sinceramente la posibilidad de compartir con tantas personas y haber podido conversar con ellas sobre la Constitución y el futuro del país. Y es que lo constitucional no es materia reservada a expertos o a profesoras y profesores universitarios, que solo pueda ser tratada en las salas de clases, en los estrados de las altas cortes, en estudios académicos o en las oficinas de los poderes del Estado. Las reflexiones y discusiones que le dan forma a lo constitucional no están destinadas a amontonarse en los estantes de las bibliotecas, acumulando polvo; su objetivo no se limita a conseguir la mejor indexación, el mayor número de citas o referencias bibliográficas o a alimentar una carrera académica. Siendo estos aspectos muy importantes para ciertas dimensiones del quehacer intelectual de un país, lo constitucional los trasciende con creces.

La cuestión constitucional trasciende todos los espacios académicos destinados a su estudio, pues remite a aspectos que son nucleares no solo para nuestra convivencia política y social, sino para nuestras propias vidas, para nuestra propia cotidianidad. Como la forma jurídica para el ejercicio del poder, las constituciones determinan los modos y mecanismos para el funcionamiento de los órganos públicos y, especialmente, para el ejercicio de nuestros derechos. Si lo primero es clave para el funcionamiento de la democracia, así como la conocemos, lo segundo es fundamental para la configuración de nuestras condiciones de vida y para la mayor o menor participación que podremos tener en las decisiones que nos afectan. No es necesario ser experto para conocer las condiciones bajo las cuales ejercemos derechos fundamentales tan importantes como salud, educación o seguridad social. No es necesario ser experta para reclamar la posibilidad de participar en las decisiones que afectan nuestras vidas y ejercer nuestro derecho a ser oídos, a ser oídas. Esta debe ser una reflexión, un estudio, un trabajo compartido con quienes son, a fin de cuentas, sus destinatarios, con los titulares de los derechos cuya garantía constitucional estudiamos en las escuelas de Derecho.

El Derecho, pero muy especialmente el derecho constitucional, es una ciencia social que surge de la sociedad y es impactada por ella; una disciplina que forma parte de la realidad social, por lo que no puede ser pensada fuera de ella. Más aún en el contexto de sociedades complejas, diversas, multiculturales, que albergan una serie de conductas que van más allá de los cánones establecidos y que reclaman respeto y reconocimiento. Lo constitucional, en tanto es un espacio del saber que se encuentra atravesado por las prácticas políticas y sociales que le dan forma a una sociedad como la nuestra, debe estar abierto, accesible y disponible a la ciudadanía, a todas las personas que formamos parte de esta comunidad política, y no solo a las y los expertos. Por eso este libro busca salirse de los circuitos académicos donde tienden a circular –a veces muy herméticamente– estas reflexiones y asume el desafío de abrir las ventanas de par en par, ventilar un poco la casa y salir al

encuentro de ese mundo exterior que cierta actividad académica tiende a mirar a través de sucias ventanas y oscuras cortinas. El extremo menos jurídico del poder, ese donde el poder político y social se ejerce, donde los derechos se exponen permanentemente al abuso, también es parte de las preocupaciones del derecho constitucional y es nuestro desafío, de los expertos, salir a su encuentro.

En la misma línea de las pretensiones de este libro, se han omitido las referencias bibliográficas con el fin de no interrumpir la lectura y presentar los argumentos de forma más directa. No obstante, he reservado para el final del texto una breve reseña de los libros que han estado más presentes en mis estudios y reflexiones en los últimos años, donde cada lectora y lector podrá dirigir sus propias inquietudes y profundizar en los aspectos que estas páginas dejan abiertos. Este capítulo cierra un recorrido que estructura el libro siguiendo cierto orden: comenzaremos con los antecedentes del 18 de octubre, para luego seguir con el contenido del conflicto social y terminar con las proyecciones hacia la nueva Constitución. He decidido presentarlo de esta forma pues creo que existe cierta continuidad entre el contenido del malestar social, la forma en que este se expresa y el orden constitucional vigente, continuidad que debiera orientar la discusión hacia la nueva Constitución y sus contenidos, en especial si esperamos que ésta contribuya a solucionar los problemas sociales generados por el orden constitucional actual.

Espero que las páginas que siguen sirvan de complemento a las reflexiones que cada cual ha estado realizando en los últimos meses. Tenemos que volver a conversar entre nosotras, entre nosotros, y desempolvar esa capacidad de diálogo franco y honesto que parece tan esquiva. Se han abierto espacios de encuentro en estos meses: aprovechémoslos. También se han abierto espacios de desencuentro; nuestro desafío es aceptarlos con tolerancia, dialogar pacífica y democráticamente y respetarnos desde nuestras diferencias. Ambos espacios son fundamentales para fortalecer nuestros compromisos con la democracia, con los derechos y con el

respeto mutuo. Solo así podremos trabajar para dejar atrás esta sociedad de privilegios y construir, ente todas y todos, una sociedad de derechos.

Jaime Bassa Mercado
Valparaíso, marzo de 2020

Antecedentes del #18deOctubre

El punto de partida: la democracia constitucional

La actual forma de organización jurídica del poder político en Chile se conoce como democracia constitucional. Se trata de un modelo que combina dos elementos que pertenecen a tradiciones históricas diferentes: el principio democrático y la limitación del poder mediante una Constitución que busca, a la vez, distribuirlo entre las y los ciudadanos. La combinación de ambos elementos significa establecer ciertos límites al autogobierno del pueblo y el ejercicio de sus derechos políticos, incorporados en la Constitución. El poder político siempre se ejerce, a fin de cuentas, dentro de los márgenes que se han establecido para ello, incluso cuando es el propio titular del poder quien los establece, por ejemplo, a través de una Constitución.

A su vez, los derechos fundamentales limitan a los órganos del Estado y condicionan su actuar, dando paso a una relación algo tensa con un Legislador que, simultáneamente, tiene la función de regular el ejercicio de los derechos y la obligación de respetar la Constitución. Así, mientras más aspectos de la vida en sociedad –donde se ejercen los derechos– sean decididos en el momento constituyente, menor será el ámbito de acción de la Ley, limitando las posibilidades de representación y de participación de la democracia y, por cierto, el ejercicio de los derechos políticos. Dicho escenario genera una suerte de paradoja dentro del modelo, especialmente si la Constitución desarrolla un proyecto político en particular, pues genera –en la práctica– una neutralización de la *agencia política del pueblo* al impedir que el titular del poder político originario incida en el desarrollo legislativo, es decir, hace muy difícil que el pueblo pueda ser efectivamente representado en esas instancias.

Al mismo tiempo, se supone que una Constitución es una de las principales manifestaciones del principio democrático y del autogobierno del pueblo, pues a través de ella la comunidad política fija los mínimos de su convivencia democrática, cuya vulneración no está dispuesta a tolerar. Es por eso que la relación entre Constitución y Ley está siempre sometida a revisión, pues, así como las sociedades van cambiando con el paso de los años, también lo hacen los criterios con los cuales se fijan esos mínimos (como ha ocurrido, por ejemplo, con la educación en los últimos años), por lo que las constituciones deben dejar siempre un margen de acción significativo al Legislador, pues a través de la Ley también se garantiza la libertad política del pueblo para actualizar esos mínimos.

De esta manera, dentro de la democracia constitucional conviven dos concepciones acerca de la relación entre democracia y Constitución, entre el autogobierno del pueblo y los límites a ese autogobierno: una, más inclinada hacia la Constitución, pone el énfasis en contenidos eventualmente predeterminados, que limitan absolutamente el margen de acción de los poderes políticos; otra, más inclinada hacia el autogobierno del pueblo, entiende que tanto la Constitución como la Ley responden a decisiones políticas cuya relación debe actualizarse permanentemente.

Las tensiones entre Constitución y Ley tienden a reflejar las diferencias políticas que existen entre quienes toman las decisiones en cada instancia, por lo que muchas veces es más relevante quién participa del proceso de decisión que su contenido mismo. Así, el eje estará en los procedimientos de formación de la voluntad general (representación y participación), en la amplitud para el ejercicio efectivo de los derechos políticos (autodeterminación) y, en última instancia, en la legitimidad del Legislador para regular la vida en comunidad. Como sea, mientras más definiciones políticas pretendan incorporarse a la Constitución –o, en otras palabras, mientras más diferencias ideológicas pretendan zanjarse en ella– menos espacio tendrá la política ordinaria para representar la voluntad popular, debilitando tanto a la Ley como garantía democrática para la libertad en el ejercicio de nuestros derechos políticos, como al propio

sistema político a través del cual ésta se genera. Una Constitución militante deja poco espacio para el desarrollo de la política representativa y todavía menos espacio para la participación ciudadana incidente, contribuyendo a deslegitimar al sistema democrático en su conjunto.

Una manifestación de lo señalado previamente se verifica en la forma en que un Tribunal Constitucional puede corregir el contenido de ciertas decisiones legislativas, a partir de una interpretación de la Constitución. Argumentando una eventual inconstitucionalidad de la ley, este tipo de órganos pueden terminar protegiendo una determinada concepción del bien o de la vida en sociedad, evitando que la Ley avance en un sentido contrario. Se trata de un riesgo especialmente evidente cuando los derechos fundamentales son utilizados como un instrumento para contener el desarrollo legislativo de una agenda de política pública; es lo que ha ocurrido en Chile recientemente, con las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la objeción de conciencia en la despenalización del aborto en tres causales, las debilitadas facultades sancionadoras del Sernac o el lucro en la educación superior, por mencionar las más polémicas. Los derechos fundamentales deben ser protegidos, por cierto, pero sin que ello signifique banalizar la soberanía popular.

En cierto sentido, las normas constitucionales de contenido material, principalmente las que protegen o reconocen derechos fundamentales, constituyen un límite a los órganos públicos, pues condicionan su actuación no solo por sus contenidos, sino por el deber de promoción y defensa de los derechos, que deben estar en el centro de acción política. Es decir, los derechos pasan de ser límites formales externos a la actuación estatal, a determinaciones internas del contenido de dichas actuaciones. En ambos casos se trata de límites al poder político institucional y no sólo de límites negativos frente a la actividad del Estado.

Estas limitaciones pueden ser particularmente sensibles frente a la habilitación o a los límites de la actividad del Legislador, ya que si una Constitución desarrolla en exceso ciertos contenidos (como

ocurre con la Constitución chilena vigente, que impone un determinado modelo de desarrollo económico y social) puede petrificar ciertas opciones políticas, convirtiéndola en un obstáculo para la deliberación democrática. El principal desafío de la democracia constitucional, entonces, es garantizar un equilibrio entre el texto constitucional y la soberanía popular, de modo tal que aquel recoja los elementos que garanticen una vida democrática en común, pero sin imponer un proyecto de sociedad en particular. La Constitución que una comunidad hereda de su pasado histórico puede terminar siendo una imposición difícil de justificar democráticamente. Es por este tipo de razones que la protección de ciertos contenidos legales con quórum contramayoritarios genera efectos tan negativos para la estabilidad del sistema político, puesto que la vigencia del principio democrático exige que la soberanía popular pueda desplegar su poder político en condiciones de libertad y autonomía, especialmente en aquellas materias secundarias que no forman parte de las bases fundamentales de la vida en común. En concordancia con el principio de autonomía política, toda norma debe ser susceptible de discusión y aprobación por sus destinatarios.

En la misma línea, una Constitución no debe contradecir el principio democrático. En principio, a ella se le asigna un valor democrático importante, en la medida que se le reconoce como una manifestación del poder constituyente del pueblo, ya sea que se ha manifestado expresamente a partir de una asamblea constituyente u otro procedimiento especialmente destinado a tal efecto, ya sea que ha ratificado o legitimado lo obrado en una instancia diferente. Una Constitución es, teóricamente, la principal manifestación del autogobierno del pueblo, que ordena la vida en comunidad y configura la estructura de las relaciones de poder, decidiendo sobre los principios básicos de nuestra convivencia, aunque sin petrificar sus contenidos.

Sabemos que el pueblo siempre tiene la posibilidad de revisar lo que ha decidido previamente, incluso aquello que decidió en un momento constituyente; en el ejercicio de esa función, el Poder Legislativo es el primer legitimado, en tanto sede de la función

deliberativa de la comunidad, representante de mayorías y minorías simultáneamente. Dicha función deliberativa, como manifestación del ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía, es posible en la medida que la regulación constitucional garantice el espacio adecuado para la agencia política del pueblo. Aquí, toda Constitución está llamada a cumplir una función democrática: sus normas son necesarias para el desarrollo de la democracia, por cuanto permiten la representación de las diferentes opciones políticas presentes en el pueblo, estableciendo formas adecuadas para la participación política y, asimismo, reconociendo y garantizando los espacios de autodeterminación que toda comunidad política demanda. La democracia no es –no puede seguir siendo– solo un mecanismo formal para la designación de las autoridades, pues detrás de su formulación descansa un contenido sustantivo irrenunciable: el derecho a la autodeterminación y al autogobierno de los pueblos y de las personas.

En estas formas de organización del poder político, el Derecho cumple un papel fundamental, en la medida que el proceso democrático se verifica a través de ciertos canales más o menos regulados jurídicamente (elecciones, instituciones, derechos). Sin embargo, una sobrerregulación del Derecho puede significar la asfixia de la soberanía popular, especialmente si lo político se reduce a las formas de la democracia representativa, dejando de lado la participación ciudadana incidente y la autodeterminación. Se trata de tres elementos fundamentales para la garantía democrática, que una Constitución debe considerar en la configuración jurídica de las relaciones de poder social. El desafío de toda democracia constitucional radica aquí: regular jurídicamente el ejercicio del poder, pero sin banalizar la soberanía popular, especialmente dado el contexto internacional de crisis de la democracia representativa.

Malestar social y malestar constituyente

El contexto político y social que justifica la publicación de este libro está marcado por los acontecimientos que siguen al 18 de octubre de 2019 y, en especial, su relación con el texto constitucional vigente y con la demanda por una nueva Constitución Política. Por esta razón, la reflexión que atraviesa estas páginas tiene algunos elementos centrales que cobrarán mayor o menor fuerza en cada capítulo, entre los cuales destaca la relación que hay entre el malestar social acumulado a lo largo de los últimos treinta años (*no son treinta pesos, son treinta años*) y el orden constitucional vigente. En otras palabras, tratar de comprender el conflicto social desde la perspectiva constitucional supone preguntarnos en qué sentido la Constitución tiene algo que decir sobre la forma en que se ha acumulado el malestar social en el último tiempo y cuál podría ser su proyección hacia una demanda constituyente.

Quisiera proponer que el malestar social que se ha expresado –principalmente, aunque no de forma exclusiva– desde el 18 de octubre puede ser traducido como un malestar constituyente. En las páginas que siguen intentaré explicar por qué. Por qué hemos entendido que estábamos frente a un problema constitucional; por qué después de treinta años de distintas movilizaciones sociales, se desencadena un proceso constituyente. En otras palabras, cómo ese malestar constituyente se ha ido manifestando en estos últimos treinta años y cómo eventualmente podría proyectarse en el futuro.

Para contestar estas preguntas es importante explicar qué es una Constitución Política. Quizá la manera más directa de abordar esa pregunta es definiéndola como una norma jurídica que regula el ejercicio del poder, es decir, un instrumento jurídico que tiene una profunda connotación política. Esta función de regular el ejercicio del

poder se verifica, simultáneamente, en dos dimensiones: en el Estado y en la sociedad. En virtud del primer ámbito de poder, las constituciones tienen normas que regulan, por ejemplo, la elección y atribuciones del Presidente de la República, cómo será el órgano legislativo, cuántos parlamentarios se elegirán y cómo, cuáles serán sus funciones, si habrá Tribunal Constitucional o no, cuáles serán las funciones de la Corte Suprema, en fin. Es lo que se conoce como la parte orgánica de la Constitución, la que regula el funcionamiento de los órganos del Estado.

En la segunda dimensión en que una Constitución regula el poder, su ejercicio en la sociedad está condicionado por importantes definiciones constitucionales que dan forma a lo que se conoce como su parte dogmática: los principios del orden vigente y los derechos fundamentales de las personas. Así, por ejemplo, la Constitución chilena vigente consagra el principio democrático, configura un Estado subsidiario y, entre otros, contempla un catálogo de derechos marcado por ciertas opciones políticas propias del período de dictadura en que fue redactado.

Desde una perspectiva política, las normas constitucionales de derechos fundamentales fijan las condiciones para el ejercicio del poder en la sociedad, a través de las relaciones entre personas comunes y corrientes, como nosotros, como nosotras. No son solamente valores o principios constitutivos de la dignidad humana, eventuales armas de triunfo contra la intervención estatal, o bien, mandatos para su intervención. Detrás de los derechos fundamentales existe una determinada configuración del ejercicio del poder. Mal que mal, estamos hablando de la Constitución *Política*.

Ahora, pensemos en los antecedentes históricos del llamado estallido social del 18 de octubre, en las principales movilizaciones sociales de los últimos treinta años. Hemos tenido demandas importantes por educación pública, gratuita y de calidad; en materia de salud pública y privada en general, desde los hospitales y centros de asistencia primaria hasta las farmacias, clínicas y laboratorios; hay una demanda muy profunda en materia de pensiones, en contra

del sistema de capitalización individual administrado por las AFP, que ha sido incapaz de pagar pensiones justas; existe un problema significativo en el trabajo, con salarios precarios, lagunas importantes en nuestro historial laboral y un considerable problema de abuso de poder y acoso laboral; en materia de medio ambiente tenemos un problema muy serio que afecta la vida de miles de personas, especialmente ante la proliferación de las llamadas zonas de sacrificio; el agua, otrora bien público en el país, hoy forma parte de un mercado donde se transan derechos para su aprovechamiento, que contemplan hasta la posibilidad de su remate. Podemos seguir con estos antecedentes históricos de los movimientos sociales. Uno de los más recientes y masivos, previo al 18 de octubre de 2019, fue el llamado mayo feminista de 2018, que puso al género, la igualdad ante la ley y el reconocimiento de la diversidad sexual en el centro de la discusión nacional. En el trasfondo de todos estos movimientos sociales, además, se encuentra la siempre tensa relación con las demandas de los pueblos originarios, postergados y reprimidos, donde una reivindicación propiamente política por reconocimiento y autodeterminación es contestada, parcialmente, desde la perspectiva de la propiedad privada sobre las tierras. Esta disonancia hace casi imposible avanzar hacia una solución satisfactoria, no solo porque las demandas de los pueblos originarios no se agotan en las tierras, sino porque el sentido que tiene la idea occidental de propiedad privada no es comparable con el valor que tiene la tierra y la naturaleza para los pueblos originarios.

Como es posible apreciar de esta apretada enumeración, se trata de diversos grupos que se venían movilizando hace años, demandas que se han estado solidificando a lo largo del último tiempo sin conseguir cambios estructurales y que alimentaron ese estallido social, remeciendo a un país adormecido por el aroma plástico de las tarjetas de crédito, quizás hipnotizado por las aparentes virtudes del crecimiento económico neoliberal, con su sobre endeudamiento y sus carnavales publicitarios. Números macroeconómicos espectaculares, en un contexto de economías familiares precarias y sobre endeudadas. En ese lánguido pasado, vivir en medio de

desigualdades sociales no importaba tanto como disfrutar de los logros personales, casi siempre materiales y superficiales. A solo cuatro días del estallido se dijo “Sabíamos que había desigualdad, pero no sabíamos que les molestaba tanto”, una de las frases que evidencia el abismo que divide a la sociedad, una colmena llena de abejas obreras gobernada por unas pocas abejas reinas.

Existe un malestar social que se viene larvando desde distintos sectores, cuyas principales demandas sociales tienen como eje principal las condiciones de reconocimiento de los derechos, cuyo ejercicio depende de cómo son regulados por la Constitución. Esas regulaciones dan forma a diferentes tipos de relaciones sociales, todas ellas atravesadas, configuradas y determinadas por la forma en que la Constitución regula y reconoce –mejor o peor– los derechos fundamentales. Todas estas demandas sociales tienen un factor común: nuestros derechos.

Como esto se trata de una lectura política del fenómeno de los derechos fundamentales, destinada a explicar la relación entre el malestar social y la demanda constituyente, es clave detenernos a revisar algunos rasgos característicos de la forma en que la Constitución vigente regula los derechos: su mercantilización y las lógicas de acumulación del poder. Me interesa revisar si la regulación constitucional de los derechos puede ser funcional a determinadas formas de acumulación del poder, o bien, a su democratización a través de un ejercicio libre y autónomo. Puede ser un criterio muy importante para nuestra participación en el proceso constituyente.

Por ejemplo, nuestro sistema educacional es bastante deficitario y funciona sobre la base de una radical segregación socioeconómica, que termina siendo funcional a ciertas lógicas de reproducción del capital cultural, que se vienen arrastrando desde el siglo xix: familias que se educan en los mismos colegios, en las mismas universidades, en las mismas dos o tres carreras (derecho, medicina, ingeniería comercial) y copan, por supuesto, los mismos puestos de poder político y empresarial. Siempre en la capital. Aquí hay una determinada forma de regular el ejercicio del derecho a la educación

en la Constitución vigente, que la concibe como un bien de consumo y desde el carácter subsidiario del Estado. El resultado es un sistema de reproducción de privilegios sociales, funcional a la concentración del capital cultural de una sociedad, que circula en círculos cerrados, en espacios privilegiados, excluyentes.

Lo propio ocurre con el ejercicio del derecho a la salud, pues, mientras el sistema público de salud se encuentra estructuralmente desfinanciado, en el sistema privado las utilidades se cuentan por miles de millones de dólares. Dado el abismo que se genera en las vidas de quienes se atienden en uno u otro sistema, la forma en que el orden constitucional vigente regula el ejercicio del derecho a la salud da cuenta de una determinada forma de concentración del poder social. No solamente por la concentración de la riqueza que ha generado este especial sistema de financiamiento de la salud privada (subsidiada, en no pocos casos, con fondos estatales), sino por lo que significa la salud como factor de participación social y segregación entre ricos y pobres, entre no tan ricos y no tan pobres. Esto depende directamente de la forma en que la Constitución concibe los deberes del Estado en materia de salud pública y cómo se construyen mecanismos de financiamiento solidario, pues mientras a un lado faltan recursos, al otro lado sobran a manos llenas. El actual diseño, mercantil y subsidiario, parece ser más funcional a la acumulación de la riqueza que a la preservación y recuperación de la salud.

Por otro lado, el actual sistema de pensiones parece seguir la misma lógica. Las administradoras de fondos de pensiones (AFP) son un buen ejemplo de los modos de acumulación a través de los cuales han sido configurados los derechos fundamentales, tanto por la Constitución como por las normas legales que desarrollan sus mandatos. En este caso, la concentración del poder opera a través del sistema de cotización y capitalización individual, donde el diez por ciento del sueldo de todas y todos los trabajadores se concentra en un reducido número de empresas privadas, que administran esos dineros. Dado que el sistema garantiza bajísimas pensiones, que ni siquiera se acercan a las últimas remuneraciones percibidas por

cada trabajador o trabajadora, podemos afirmar que no se trata de un sistema de seguridad social, sino uno de inversiones en el mercado financiero y de capitales. Esto configura un modo de acumulación por despojo.

Para ilustrar las semejanzas que atraviesan a las demandas sociales, esto es prácticamente lo mismo que ocurre con el agua: lo que hasta hace cuarenta años era un bien público, hoy se concesiona, gratuitamente, a través de derechos de aprovechamiento de aguas, una suerte de permiso administrativo otorgado, por expresa disposición constitucional, en propiedad privada. Lo que era de todos, hoy se transa en el mercado.

Por otro lado, la demanda feminista por una igualdad efectiva de derechos entre hombres y mujeres, por el fin del patriarcado, también puede leerse desde la perspectiva de la concentración del poder. Esa relación de poder hombre-mujer está marcada por la normalización de los roles sociales asociados a cada género, distribuyendo trabajos remunerados y no remunerados de manera injusta y desigual, generando las condiciones para el despliegue del potencial masculino fuera del hogar (en clave política, laboral, empresarial, social, etc.) y relegando a la mujer a posiciones sociales secundarias, incluso subalternas. Esa es una estructura política donde los sujetos involucrados ejercen poder en condiciones radicalmente desiguales. Así como en los ejemplos anteriores, esta relación de poder también depende de cómo la Constitución establece una igualdad ante la ley de carácter simplemente formal, o bien, avanza en la configuración de garantías efectivas que aseguren el ejercicio de los derechos, desde la igualdad. Como sea, este patriarcado es una forma de acumulación del poder, que caracteriza a la sociedad chilena a través de los derechos.

Las constituciones no son, en definitiva, normas que solo regulen el ejercicio del poder en el Estado, pues hay una dimensión fundamental en todas ellas que contribuye a darle forma a las relaciones políticas en la sociedad, entre nosotros, entre nosotras, a través de nuestros derechos. Esta es, por cierto, una de las dimensiones estructurales

de la demanda por una nueva Constitución, en especial considerando que esta se levanta desde la convicción de contar con un texto constitucional ilegítimo.

Sabemos que la Constitución viene arrastrando dos grandes fuentes de ilegitimidad: una, evidente, se explica por su origen, pues fue redactada en dictadura, por un grupo de funcionarios de confianza y leales al proyecto político de ese régimen autoritario. Asimismo, el texto constitucional está afectado por una ilegitimidad que podríamos llamar de ejercicio, dada la imposición de los enclaves autoritarios, trampas y leyes de amarre, que configuraron una actividad política binominal y neutralizada, que alejó todavía más al pueblo de sus instituciones representativas.

Por distintas razones, ninguna de estas dos fuentes de ilegitimidad tuvo la potencia suficiente para amenazar la estabilidad de la Constitución; como resultado de ello, hemos convivido con su ilegitimidad por todos estos años. Los evidentes problemas que aquejan a la institucionalidad vigente, relacionados con las leyes orgánicas constitucionales, el Tribunal Constitucional, el sistema binominal, los quórums calificados, las iniciativas exclusivas del Presidente de la República en materias importantes, entre otras, lograron subsistir sin reformas profundas en los últimos treinta años. Por cierta corrupción de la clase política y de los mecanismos de representación –incluso por cierta desidia de nuestra parte– estas ilegitimidades lograron sortear las turbulencias políticas y sociales del último tiempo. Hasta ahora.

El malestar social se venía acumulando. La molestia con la clase política, la impunidad ante las violaciones a los derechos humanos en dictadura, la cultura del abuso, la concentración del poder, la precariedad de la vida. Aquí se viene gestando una tercera fuente de ilegitimidad del orden constitucional vigente, una ilegitimidad que, ahora sí, tiene la potencia suficiente para cuestionar su legitimidad desde la raíz. Un cuestionamiento sin sofisticadas teorías, ni tecnicismos jurídicos. Una crisis de legitimidad que alimenta un cuestionamiento que se levanta desde la cotidianidad, desde la

experiencia, desde nuestras prácticas políticas, laborales, sociales. Un malestar constituyente que se levanta contra una forma de ilegitimidad que atraviesa nuestras vidas.

Diversos conflictos sociales en treinta años, todos marcados por formas de acumulación del poder. Un modelo neoliberal en un Estado subsidiario; derechos mercantilizados y precarios; segregación social. Esta es la configuración constitucional de un determinado tipo de sujeto titular de derechos y de obligaciones, un sujeto neoliberal, un consumidor que reemplazó al ciudadano y convirtió al *mall* en un lugar de encuentro, pero no para el diálogo, sino para una relación social superficial, despolitizada, clasista y segregada.

Ese es el sujeto que revienta el 18 de octubre. No revienta por la frustración de no poder acceder a bienes de consumo, sino por la precariedad estructural de la vida, el sobre endeudamiento, el abuso de poder. Esta tercera forma de ilegitimidad se explica por la forma en que la Constitución nos configura como sujetos políticos desde nuestras capacidades de consumo. Cómo el ordenamiento constitucional determinó la forma en que este grupo de *patipelados* ejerce poder en la sociedad, desde la concentración del poder territorial, el patriarcado, la privatización del agua, el extractivismo, la opresión a los pueblos originarios, la segregación social en materia educativa y la que deriva de los graves problemas que tenemos en salud pública, en pensiones, en el trabajo. Un sujeto configurado en dictadura y moldeado por la Constitución en clave neoliberal, mercantilista.

A mi juicio, esto es lo que revienta en octubre de 2019. Este es el malestar acumulado, expresado en demandas sociales ninguneadas, incluso reprimidas. Fuimos constituidos como pueblo desde ese malestar. Un malestar constituyente, que configuró una comunidad política marcada por el ejercicio neoliberal de nuestros derechos fundamentales. Derechos precarizados que alimentan prácticamente todas las demandas sociales de los últimos treinta años. Detrás de ellos está un sujeto político neoliberal, cuya precarización estalla el 18 de octubre. El malestar está directamente relacionado con

aquellos espacios constitucionales que configuran nuestras vidas, que modelan nuestra cotidianidad, que atraviesan nuestras relaciones sociales, políticas, familiares, laborales; que traspasan nuestros cuerpos. Y esas formas son nuestros derechos fundamentales.

Hoy por hoy, ese malestar constituyente busca constituir, busca expresarse en clave positiva, abocándose a un proceso que nos permita una nueva configuración de las relaciones de poder político y social, tanto en el Estado como en la propia sociedad. Eso es una nueva Constitución. Y es que, si bien una nueva Constitución no será la solución a todos los problemas sociales que han causado la acumulación del malestar, lo cierto es que la Constitución vigente es parte fundamental del problema, por lo que cambiarla es parte fundamental de la solución. La experiencia política de los últimos treinta años nos demuestra que no basta con reformas; es necesaria una Constitución nueva.

Golpe a golpe, verso a verso

Pero antes de pensar en la nueva Constitución, revisemos cómo hemos llegado hasta aquí, cuál es esa historia constitucional de cuyos errores y aciertos debemos aprender, cuáles superar o desterrar. La historia de las constituciones chilenas no se caracteriza por la participación democrática y constante del pueblo, más bien al revés. Probablemente, con excepción de la Constitución liberal de 1828 –de muy corta vida y considerando las diferencias políticas y culturales propias de la distancia histórica–, nunca ha sido posible que la comunidad política se convoque para discutir los destinos del país, en un acto propiamente constituyente. De hecho, la nuestra es una historia cargada al plomo de los uniformes militares, de las armas utilizadas para imponer un proyecto político determinado. La Constitución vigente forma parte de esa tradición: el golpe de Estado de 1973 se explica en gran medida por una sucesión de ciclos de la historia política, social y constitucional de Chile, caracterizados por una serie de reacciones autoritarias que, con el fin de proteger ciertos intereses patrimoniales, interviene en política para interrumpir esos procesos históricos y alterar su rumbo a través de la propia Constitución. Como parte de ese sino histórico, las tres constituciones más significativas en la historia de Chile fueron aprobadas luego de guerras civiles, golpes de Estado o alzamientos militares armados: 1833, 1925 y 1980. El trance histórico que enfrentamos en estos momentos, bien entrado el siglo xxi, presenta una participación democrática que rompe con esa historia.

El orden constitucional vigente tiene sus antecedentes históricos en la complejidad del siglo xx, marcado por las guerras mundiales, la guerra fría y la disputa por el orden mundial entre dos proyectos políticos excluyentes. Chile no estuvo al margen de estos

acontecimientos. Al contrario: desde 1973 se verifica una reacción autoritaria y conservadora frente a los cambios políticos y sociales del período 1938-1973, caracterizado por una serie de reformas institucionales que democratizaron aspectos muy relevantes de la sociedad, tales como derechos civiles y políticos, educación, propiedad, tenencia y explotación de la tierra, la gran minería del cobre y la nacionalización de los yacimientos cupríferos, entre otras. Estos cambios generaron importantes efectos en la estructura política y económica de la sociedad, que se tradujeron en el reconocimiento de los sectores históricamente más postergados, donde la extensión del ejercicio de los derechos políticos cumplió un papel fundamental en el proceso de redistribución del poder.

Esta reacción autoritaria estuvo destinada a revertir los cambios verificados en las décadas anteriores, los que permearon, incluso, en la propia estructura de la sociedad. La principal manifestación normativa de esta reacción autoritaria es la Constitución de 1980, actualmente vigente en sus aspectos nucleares, diseñada para generar efectos permanentes en la sociedad chilena a través de un determinado diseño jurídico. Esta contrarrevolución desplegada desde la dictadura se caracteriza por la imposición de determinado proyecto político (principalmente neoliberal y subsidiario), protegido desde la Constitución.

Tal como en 1833 y 1925, la norma constitucional vigente establece un régimen político presidencial y un Estado de carácter unitario, con una fuerte centralización política y administrativa en la capital. Esta centralización se ve reforzada por las excesivas atribuciones del Jefe de Estado, que lo ubican en una posición de privilegio respecto del Congreso Nacional y lo convierten en una suerte de guardián del proceso político. Su condición de colegislador, así como la disparidad de capacidades técnicas en detrimento del Congreso, han configurado un presidencialismo reforzado funcional a la acumulación del poder, muy frecuente en las débiles democracias latinoamericanas. Se trata de un diseño institucional que se construye en dictadura, sobre la base de una radical desconfianza hacia la

política y con la tutela institucionalizada de los militares sobre su funcionamiento.

Este diseño fue reforzado con una serie de técnicas de amarre incorporadas en la Constitución (la composición y atribuciones originales del Senado, Consejo de Seguridad Nacional y Tribunal Constitucional, así como la estructura del catálogo de derechos fundamentales o el complejo sistema de quórum reforzados para las distintas materias de ley), tuvo dos grandes objetivos: revertir los cambios generados durante el período anterior y evitar que futuros procesos sociales modificaran sustantivamente el modelo de Estado y de sociedad protegido por la Constitución.

Ahora bien, la normativa implementada luego del golpe de Estado de 1973 se aleja completamente de los procesos que caracterizaron a la sociedad chilena desde fines de la década de 1930. La institucionalidad que se impone desde 1973 marca un quiebre radical en el desarrollo del constitucionalismo chileno, al punto que no es posible identificar una línea de continuidad en la historia constitucional chilena entre lo que había antes del golpe y lo que le sigue. Se trata de proyectos constitucionales absolutamente diferentes que –si bien pueden tener algunos elementos comunes– configuran tipos de sociedades completamente diferentes. La Constitución de 1980 no representa, prácticamente bajo ningún punto de vista, una continuidad en la historia constitucional chilena.

Muy por el contrario, se trata de una transformación contracultural en un doble sentido: por un lado, quiebra la tradición constitucional chilena que se venía desarrollando durante el siglo xx, no en la forma en que sus textos había sido aprobados, sino en esa forma de organización política y social marcada por el ascenso de las clases medias y una densificación del tejido social; la Constitución de 1980 es una reacción a ese proceso y busca detenerlo y revertirlo a toda costa. Por otro lado, ese proyecto constitucional marca un quiebre frente a la evolución que mostraba el propio constitucionalismo occidental, principalmente desde la segunda posguerra, en el proceso de democratización del Estado de Derecho, que

representaba una progresiva extensión tanto en el ejercicio de los derechos políticos y civiles como en la garantía de los derechos sociales. La Constitución de 1980 representa una reacción autoritaria en plena forma, que retrocede en el camino recorrido por el constitucionalismo occidental y, especialmente, el chileno; de hecho, hasta se retrocede en la protección constitucional de los derechos fundamentales, rebajando el estándar que representaba el texto vigente de la Constitución de 1925.

No obstante lo anterior, el golpe de 1973 forma parte de los ciclos históricos que presenta el constitucionalismo chileno desde la primera parte del siglo xix, donde diversos procesos sociales han sido truncados por minorías políticas que, a través de reacciones autoritarias, han buscado revertirlos para luego implementar su propio proyecto político a través de textos constitucionales. En este sentido, la Constitución de 1980 sí guarda relación con una dimensión de nuestra historia institucional, aunque una no muy feliz. Los golpes o sublevaciones militares no son hechos aislados que rompan una larga tradición democrática. Por el contrario, son una muestra más de la activa participación militar en el devenir político, social e institucional de la sociedad chilena, una constante que se verifica desde los primeros años que siguen a 1810 y conducen tanto a la Independencia como a la consolidación de cierta forma de Estado durante el siglo xix, hasta bien entrado ya este siglo xxi. Recordemos que, a pocas horas de iniciado el llamado estallido social de octubre de 2019, el Gobierno decretó el estado de excepción constitucional, recurriendo a las fuerzas armadas para contener las masivas movilizaciones sociales que se verificaron a lo largo de todo el país. Esta es una muestra más de la centralidad que ha tenido la participación militar en el desarrollo de nuestra historia política e institucional.

La Constitución de 1980 como dispositivo para contener al adversario

Todas las constituciones –y la Constitución chilena no es la excepción– fueron redactadas por puño y letra de alguien, de una o varias personas concretas, con nombre y apellido, por un sujeto individual o uno colectivo. Ya sea a través de procedimientos autoritarios o democráticos, o bien como proyección de –o reacción a– la tradición constitucional del país, simpre es el resultado de una decisión política que podemos revisar y criticar, especialmente para explicarla e identificar sus efectos sobre el presente. Sabemos que la Constitución vigente fue redactada en dictadura y por personeros de confianza de la junta militar, opositores al gobierno de la Unidad Popular. La Constitución chilena vigente no es el resultado de la evolución constitucional mundial, occidental, latinoamericana o chilena. Por el contrario, sus contenidos se explican desde el contexto histórico que justifica su redacción y promulgación, es decir, como una reacción contra las políticas redistributivas del gobierno de la Unidad Popular. Ello explica por qué le aqueja una evidente ilegitimidad de origen; pero por qué, además, su contenido sigue siendo un obstáculo para la legitimación del orden constitucional chileno, especialmente por la forma en que se ha constituido, políticamente, a la sociedad chilena. Hay una determinada forma de regular el ejercicio del poder, especialmente complejo en lo que se refiere a los órganos del Estado.

Se trata de un diseño institucional que obligara a la coalición mayoritaria a negociar la implementación de su propio proyecto político con la minoría, beneficiaria de una suerte de poder de veto que no se explica por el objetivo de proteger los derechos de las minorías en el proceso legislativo (objetivo que comparten otras

constituciones), sino por la posibilidad de obstaculizar una agenda de políticas públicas desde el proceso legislativo (cuestión inédita en otros países).

Estamos en presencia de mecanismos que no responden a la lógica tradicional de equilibrio entre los poderes públicos y el sistema de controles recíprocos, tan característica del Estado de Derecho. Se trata, por el contrario, de dispositivos antidemocráticos que permiten a una minoría controlar la ejecución del proyecto político de la mayoría gobernante. Como resultado de estos dispositivos, los representantes del pueblo están impedidos de implementar un proyecto político de transformación social, de distribución del poder. Con el fin de ilustrar cómo la Constitución condiciona la actividad política, revisaremos brevemente dichas instituciones, que impiden el ejercicio libre y autónomo de la soberanía popular.

En primer lugar, la Constitución contiene una serie de dispositivos institucionales que proyectan la desconfianza de sus redactores hacia la democracia como forma de gobierno. Aquí figuran los llamados enclaves autoritarios o trampas constitucionales: el sistema electoral binominal para la representación parlamentaria, parcialmente reformado en 2015; los senadores vitalicios y los designados por autoridades civiles y militares (eliminados en 2005); el sistema de leyes con quórum contramayoritario (especialmente las leyes orgánicas constitucionales); las atribuciones de control del Tribunal Constitucional; las atribuciones originales del Consejo de Seguridad Nacional (reformado en 2005); la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas (vigente hasta 2005); las iniciativas exclusivas del Presidente de la República en importantes materias de ley. Todas estas instituciones fueron diseñadas pensando en cómo contener el proyecto político de un gobierno transformador con mayoría en el Congreso Nacional, ya sea para controlar el contenido de una decisión legislativa, ya sea para obstaculizar su materialización en una Ley. En este diseño, la mayoría democrática no es suficiente para gobernar, lo que ha contribuido a la desafección ciudadana de la actividad política y a la actual crisis de legitimidad.

En segundo lugar, existen una serie de instituciones destinadas a proteger intereses que la oposición al gobierno de Allende vio amenazados. Entre estas destacan: el estatuto constitucional de la propiedad privada y, muy especialmente, de su expropiación (que contiene un nivel de detalle inédito para una norma de rango constitucional); una forma particular de proteger la libre iniciativa económica (que ha sido extendida, incluso, a la garantía y protección de los derechos sociales a través de prestaciones por empresas privadas); un limitado estatuto para la actividad económica del Estado; la privatización de las aguas; la mercantilización de los derechos sociales; un régimen minero que vuelve a permitir la explotación privada; una concepción formal de la libertad de información, supuestamente compatible con la altísima concentración económica de los medios de comunicación social; actores sociales impedidos de participar de la vida política del país en tanto representantes elegidos democráticamente (especialmente, dirigentes sociales y sindicales); un pluralismo político marcado por sus excepciones constitucionales; un recurso de protección diseñado para proteger los derechos vinculados a la propiedad privada y la libertad individual. Estas instituciones reflejan las tensiones que caracterizaron al gobierno de la Unidad Popular: propiedad privada, actividad empresarial privada, actividad económica del Estado, expropiación, actividad minera.

Finalmente, es necesario consignar otros dispositivos más bien informales, destinados a imponer determinadas lecturas de lo constitucional, tanto en la academia como en la política contingente. En esta sección podemos considerar mecanismos que han naturalizado una determinada comprensión de la Constitución, impidiendo la legítima manifestación de formulaciones alternativas. Entre ellas: la interpretación constitucional de corte originalista, que configura el contenido normativo del texto recurriendo a las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución como si fuera el poder constituyente (comisión asesora de la junta militar, que sesionó entre 1973 y 1978); una concepción de la interpretación constitucional pretendidamente neutra y despolitizada; la

naturalización de una determinada comprensión de lo constitucional, que esconde su propio carácter particular, como si esta fuera la única interpretación correcta posible; la consolidación de una forma discursiva binaria, donde parecen no caber matices entre *lo* constitucional y lo *in*constitucional.

Se trata de mecanismos que anulan la incidencia del conflicto político y social en la configuración del ordenamiento constitucional, pensados para proteger una Constitución donde el pluralismo político fuera cada vez menos significativo y no fuera una amenaza para su continuidad. Al anular el conflicto, el sistema político en su conjunto (sus actores, procesos, elecciones e instituciones) fue condenado a la irrelevancia, consolidando una determinada concepción de lo constitucional y, con ella, de la propia sociedad: neoliberal.

Estos dispositivos han borrado las huellas históricas que explican la existencia de la Constitución, al relativizar el contexto histórico y las circunstancias que le dieron vida y separar su contenido del proyecto político de la dictadura. Desde sus orígenes, el discurso del constitucionalismo autoritario chileno ha presentado su Constitución como una norma universal, correcta, manipulando la dicotomía constitucional/inconstitucional en favor de un proyecto político particular. Para ello, ha aprovechado las categorías teóricas del derecho constitucional para referirse en términos (pretendidamente) neutros a un texto que, sin embargo, es el reflejo de un proyecto político al que solo adhiere un sector minoritario de la sociedad.

Levántese más temprano; dos Chiles

Los acontecimientos que se desencadenan a contar del 18 de octubre de 2019 serán objeto de reflexión y análisis por largos años, dada la envergadura de la fractura social que ha quedado en evidencia desde entonces y, especialmente, por la radical pérdida de autoridad y legitimidad de quienes tenían la función de hacer respetar el orden económico y social vigente, así como de quienes lo administraron hasta entonces. Se trata de una verdadera rebelión popular contra una determinada forma de vida, contra las estructuras de poder vigentes hasta entonces y que evidenciaban la existencia de dos países absolutamente diferentes dentro del territorio nacional e incluso dentro de una misma ciudad. Esa radical desigualdad es mucho más profunda que una distribución de la riqueza injusta o una inexistente igualdad de oportunidades; se trata de un sistema social que se sostiene en el abuso y la explotación de la gran mayoría de la población, aquella que no tiene alternativas ante el alza del pasaje del Metro de Santiago (o de cualquier otro servicio social licitado), aquella que ha visto cómo el aparato estatal ha sido administrado en beneficio de intereses particulares, en beneficio de los mismos de siempre. Son dos países, uno construido sobre los hombros y las espaldas del otro.

Este descontento ciudadano, este verdadero malestar social que viene gestándose en el país hace años y que estalla con fuerza en 2006, en 2011, en 2019, surge de una sociedad configurada por determinadas relaciones de poder, caracterizada por la sistemática marginación del pueblo en tanto sujeto político, que ha sido privado del derecho de participar incidentemente de las decisiones que afectan sus condiciones materiales de vida. Podemos ver esta marginación en una serie de demandas que han protagonizado la

historia de los movimientos sociales de los últimos treinta años, al menos. Las demandas ambientalistas, así como aquellas que reclaman una descentralización territorial efectiva, pueden leerse no solo desde la necesidad de proteger el medio ambiente, sino también desde la reivindicación por una participación efectiva en los respectivos espacios de decisión política, por ejemplo, al fijar los criterios de la política nacional de energía.

Las reivindicaciones de género, así como aquellas por el reconocimiento de la diversidad e identidad sexual, se construyen desde la necesidad de abrir espacios de participación a las minorías postergadas, en condiciones de igualdad para la socialización del poder asociado al género y a la identidad sexual. No se trata solo de un cambio cultural que impacte en las relaciones individuales, sino de una reivindicación política que busca transformar la estructura social de relaciones de poder. Lo propio respecto de los pueblos originarios, cuyas reivindicaciones están asociadas al más básico derecho humano de participación política: la autodeterminación de los pueblos. Tras estas demandas hay una matriz común: la concentración del poder.

En fin, la demanda por una educación pública, gratuita y de calidad también responde a la reivindicación por una participación social efectiva en la distribución del capital cultural que genera la sociedad, que ponga término a su concentración. Es una reivindicación contra el modelo de acumulación/reproducción que caracteriza al sistema educacional chileno, desde la propia sala cuna y hasta la educación terciaria, pues el sistema configura a la educación como un bien de consumo. La principal consecuencia de su radical mercantilización consiste en que su acceso ha estado condicionado por las capacidades de pago –o de endeudamiento– de cada persona, de cada familia, las que varían según el sector de la sociedad al que se pertenezca. Esta mercantilización ha generado la clausura de los círculos sociales en los cuales se moviliza el capital social que significa la educación, monopolizando el capital político en favor de una reducida élite.

Se trata de una manifestación propia de la acumulación del capital que genera una sociedad neoliberal como la chilena, especialmente cuando el diseño del sistema escolar y universitario contempla instituciones mediocres y un sistema de financiamiento usurero para los sectores marginados. En efecto, el acceso segregado a los circuitos académicos (tanto escolares como técnicos y universitarios) genera una concentración del poder asociado tanto a las redes sociales como al conocimiento; este hermetismo y endogamia margina a la mayoría de la sociedad del acceso tanto al conocimiento como a las redes de poder construidas en torno a él. Así, la educación ha devenido en privilegio pues, entendida como capital, se transmite entre quienes ya lo detentan, bloqueando la posibilidad de que la sociedad se beneficie del mismo e impidiendo su socialización.

Lo propio respecto de las movilizaciones contra el fallido sistema de seguridad social, servicial a un modelo de acumulación capitalista para el financiamiento de la actividad financiera y del gran empresariado, antes que a la prestación de pensiones dignas y proporcionales tanto al estándar de vida que, supuestamente, promete el PIB del país, como a los ingresos percibidos durante la vida laboral. Se trata, en definitiva, de una reivindicación por mayor participación en los beneficios económicos del sistema.

Como ya se ha señalado, detrás de todas estas demandas, que han configurado los contornos del malestar ciudadano de los últimos años, existe un elemento común que pareciera unificarlas: el rechazo a determinada estructura de relaciones de poder. Se trata, primeramente, de relaciones de poder económico, social y cultural, que atraviesan la cotidianidad de la población. Luego, estas configuran relaciones de poder estrictamente político, a través de las cuales los intereses y necesidades de los diversos sujetos políticos se ven representadas, satisfechas o protegidas de diferente manera, según cuál sea su posición particular en las redes de poder a las que pertenecen y su incidencia en las decisiones que concretizan ese poder político. A su vez, dado el actual modelo de democracia –preferentemente representativa, antes que participativa– estas

relaciones de poder se proyectan hacia los espacios institucionales donde el mismo se ejerce, una de cuyas principales características ha sido su virtual clausura frente a las manifestaciones de poder popular. En definitiva, se está demandando una reconfiguración de aquella frontera que, a través de una exclusión masiva, vuelve irrelevante la soberanía popular.

Estos antecedentes son fundamentales para comprender las profundas raíces políticas y sociales de la demanda por una nueva Constitución y cómo es que surge en el contexto de *no son treinta pesos, son treinta años*. La intensidad del malestar social emana de un complejo tejido de relaciones de poder que, a su vez, responden a un determinado paradigma de sociedad que privilegia lo privado en desmedro de lo público: una sociedad individualista y mercantil. Ese tejido fue configurado durante la dictadura, siendo la Constitución Política el principal instrumento para su protección. Así, el pueblo parece levantarse contra una determinada estructura de relaciones de poder social, reivindicando su derecho a configurarlas autónomamente a partir de prácticas políticas y sociales emancipatorias para, luego, darse a sí mismo una nueva Constitución. Se trata de la clásica distinción entre la forma de existencia política de la comunidad y las normas que le dan forma a través de un texto jurídico: podríamos decir que una Constitución responde a una manifestación preinstitucional del poder político, fuera de las lógicas jurídicas y, ciertamente, fuera de sus formas.

La entidad de la crisis social es tan profunda, que la cuestión constitucional chilena no se soluciona solo con una nueva Constitución Política –un nuevo texto jurídico– sino con una nueva constitución política de la sociedad, es decir, una nueva forma de existencia política de la comunidad, nuevas relaciones de poder. El desafío de este presente de crisis no se agota en cómo canalizar la demanda hacia la institucionalidad vigente, sino en cómo contribuir a que el pueblo, en tanto sujeto político, configure nuevas formas para un agenciamiento político autónomo y soberano. No basta con una nueva Constitución que *habilite* al pueblo. La crisis social demanda un proceso político de (re)configuración del poder político popular, de

modo tal que la decisión constituyente emane de prácticas políticas democráticas que le permitan a la comunidad decidir autónomamente, sin esperar habilitaciones desde arriba. En definitiva, una decisión tomada por un sujeto político autónomo, que logre sacudirse de las reglas de la dictadura y supere la crisis de la actual democracia representativa complementándola con participación ciudadana incidente y el reconocimiento y protección de los espacios sociales de autodeterminación.

Sabemos que la ciudadanía está demandando nuevas formas jurídicas para el ejercicio de su soberanía, que recojan sus propias prácticas democráticas y superen las viejas formas excluyentes de participación política. Para conseguir aquello, no basta con un texto constitucional libre de enclaves o trampas; es necesario un proceso constituyente donde las clases subalternas puedan reivindicar sus propias prácticas políticas. Hasta ahora, las constituciones chilenas han sido el reflejo de las categorías conceptuales del constitucionalismo moderno europeizante y de las prácticas políticas de las clases dirigentes, separando radicalmente el diseño institucional de las prácticas que legitiman el ejercicio del poder político en las comunidades sociales.

Una *nueva* Constitución Política nos remite a la necesidad de revisar las relaciones de poder. Ello solo puede ocurrir si en el proceso constituyente concurren sujetos que participen de prácticas libres de los condicionamientos institucionales heredados de la dictadura; es decir, prácticas que se verifiquen entre sujetos que se reconocen mutuamente como iguales, que no se construyen desde la dominación y que no desconfíen de las decisiones tomadas por la mayoría. Prácticas que permitan configurar, desde nuestras diferencias, un país de iguales, de personas que se tratan y se reconocen recíprocamente como titulares de los mismos derechos. Ello significa, de alguna manera, leer esta rebelión popular, este rechazo masivo a una determinada forma de existencia política, desde las prácticas sociales que se han levantado a partir del 18 de octubre de 2019 en adelante, pues en ellas están las claves para

comprender cómo podemos superar el momento de crisis sin que ello signifique volver a la normalidad que generó todo esto.

Sin chaqueta, sin corbata, sin privilegios

En los últimos años, ha habido muchas manifestaciones de esta fractura social que denota un abismo entre distintas formas de ver la vida, de ver y protagonizar las relaciones sociales. Muchas de ellas han estado marcadas por una de las causas que se encuentran en la base del malestar social –el abuso de poder– poniendo en evidencia lo que podríamos llamar, en el contexto del estallido social, el origen de todos los males: la concentración del poder. Sin embargo, de vez en cuando ocurre que uno de estos episodios de abuso alcanza una mayor notoriedad y publicidad, generando una reacción masiva que lo condena transversalmente. Probablemente, el episodio de la chaqueta en que me vi involucrado en la Cámara de Diputados forme parte de este fenómeno.

En efecto, en julio de 2018 fui invitado a dar mi opinión técnica (como experto en derecho constitucional) respecto de un proyecto de ley discutido en la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, a través del cual se buscaba evitar que oficiales en retiro de las fuerzas armadas, de orden y seguridad desempeñaran funciones directivas o gerenciales en empresas que contraten con dichas instituciones para proveer bienes y servicios. Dicha inhabilidad tiene por finalidad evitar el tráfico de influencias y el uso de información privilegiada en la contratación de bienes y servicios por parte de las fuerzas armadas y de orden, tanto para garantizar el pleno respeto del principio constitucional de probidad administrativa, como para proteger el deber de secreto asociado a la seguridad nacional. Considerando la cantidad de empresas proveedoras que cuentan con oficiales en retiro entre sus filas y, especialmente, las importantes cantidades de dinero asociados a estas operaciones, podemos afirmar que se trata de un proyecto polémico a la vez que

importante, pues junto con afectar intereses particulares, se trata de una propuesta que intenta proteger el interés general.

Sin embargo, el episodio de la chaqueta desvió la atención sobre el fondo del asunto. Como se sabe, dos Diputados integrantes de la Comisión manifestaron su malestar porque, a su entender, yo no vestía adecuadamente para la ocasión, a pesar de haber asistido en variadas oportunidades a distintos tipos de instancias en el marco del trabajo legislativo, tanto en la Cámara como en el Senado.

Más allá de mi respuesta –en la que quise aclarar que había sido convocado por la Cámara de Diputados a trabajar en el fondo del proyecto de ley–, el episodio causó un profundo malestar expresado a través de redes sociales, puesto que el video que registró nuestro diálogo fue ampliamente viralizado durante las semanas posteriores. A partir de los mensajes que recibí en esas semanas y de lo que quedó plasmado en columnas, entrevistas y en las mismas redes sociales, creo que es posible afirmar que dicho malestar tiene una doble dimensión (que bien podría ser considerada para comprender de mejor forma los tiempos de crisis social en los que estamos): por un lado, una cierta empatía frente a la prepotencia de los poderosos, cuyos abusos pueden afectar a cualquiera de nosotros, de nosotras, en cualquier momento; por el otro, un grado importante de hastío contra una clase dirigente muy deslegitimada y desconectada con el mundo real, que, llamada a trabajar por el interés general, ocupa sus puestos de poder en beneficio propio. Ambos elementos han estado en el centro de las discusiones sobre el llamado estallido social del 18 de octubre de 2019, esa revuelta popular contra cierta forma de vida, marcada por el abuso de poder.

Personalmente, fue una situación muy incómoda, aunque ya me había visto obligado a enfrentarla con anterioridad. A pesar de que está cambiando lenta y progresivamente, el mundo del Derecho es muy formalista y conservador, donde la vestimenta y la apariencia física forman parte de los criterios de reconocimiento y validación profesional. Cumplir con esos códigos formales parece ser uno de los requisitos tácitos para pertenecer a esta comunidad tan

particular; alguna vez, en mis primeros años como profesor universitario, más de alguna vez escuché, de colegas de mayor edad, comentarios tales como “pero, Jaime, no pareces profesor de derecho vestido así”. Afortunadamente, los códigos están cambiando de la mano con la profesionalización de la actividad académica, por lo que hoy tanto los criterios de pertenencia como –muy especialmente– los de validación profesional, están cada vez más asociados a la contribución que significa nuestro trabajo, tanto para la universidad como para la propia sociedad.

Como sea, de alguna manera el episodio de la chaqueta permitió canalizar cierto malestar social contra la clase dirigente, percibida por una parte significativa de la población como abusiva e injustamente privilegiada, que no le importa humillar a quien colabora desinteresadamente con su trabajo; sin embargo, esa misma clase política (al menos una parte importante de ella) sí está dispuesta a hacer la vista gorda ante graves actos de corrupción de sus correligionarios de partido. Ese doble estándar se ha vuelto muy característico en cierto sector de la clase política, especialmente a lo largo de este período de transición a la democracia o de posdictadura. Ha sido resumido con la frase popular “fuerte con el débil, débil con el fuerte”, que ha acompañado las denuncias de abuso de poder del último tiempo, así como las salidas alternativas implementadas a investigaciones judiciales por corrupción que, en la práctica, han significado impunidad.

Parte importante de estos sectores privilegiados ha obstaculizado el proceso de cambio constitucional, tanto en el proceso constituyente actualmente en curso (luego del estallido social del 18 de octubre de 2019), como en el intento llevado adelante por el gobierno anterior, presidido por Michelle Bachelet. En efecto, la demanda ciudadana por una nueva Constitución ha debido enfrentar una serie de oposiciones, articuladas, preferentemente, desde la propia institucionalidad política. Dicha oposición deja en evidencia una interesante contradicción, pues mientras un sector mayoritario de la sociedad demanda una nueva Constitución, un amplio sector de sus representantes ha resistido el avance de cualquier intento

constituyente, desarticulando los incipientes esfuerzos por darle viabilidad dentro de la institucionalidad vigente. Este tipo de operaciones (el discurso del miedo, la manipulación de la información, la circulación de información contradictoria, los ofertones electorales de última hora) refleja dos cosas: por un lado, la creciente distancia entre la clase política y el pueblo, por el otro, la estrecha conexión que hay entre la Constitución vigente y los intereses políticos y económicos de muchos integrantes de la clase dirigente.

Dentro de la clase política, hay actores que defienden la Constitución vigente porque, en el fondo, defienden el proyecto político de la dictadura; en otras palabras, defienden la actual estructura de relaciones políticas, marcadas por la concentración del poder en aspectos muy sensibles para nuestras vidas, como salud, educación, pensiones y medio ambiente. Para ellas y ellos, la Constitución es la garantía de que esas relaciones de poder no van a ser modificadas sustancialmente, protegiendo los actuales modos de acumulación de la riqueza. Asimismo, otro sector de la misma clase política ha estado dispuesto a desarticular cualquier intento de proceso constituyente que surgiera desde la sociedad civil, aun cuando fuera liderado por su propio gobierno –como ocurrió entre 2015 y 2017. Para estos sectores, la Constitución vigente es una suerte de garantía para la protección de sus posiciones de privilegio.

Salud, educación y seguridad social se han convertido en importantes industrias que mueven miles de millones de dólares cada año, extendiendo sus redes hacia la clase dirigente. De hecho, sabemos que parte importante de esos dineros son destinados al financiamiento irregular de las campañas electorales y hasta de la propia actividad política regular. Los ejemplos abundan: desde grupos empresariales imbricados con partidos políticos, hasta grandes empresas reguladas que financian, transversalmente, la actividad política, pasando por la contratación de políticos en los directorios de empresas como las AFP, o bien, en la propiedad y gestión de otras empresas privadas prestadoras de derechos sociales, como clínicas, isapres o universidades.

Su posición de privilegio los hace particularmente reacios a los cambios sociales, especialmente si son de carácter estructural, como los que han alimentado este estallido social por largos treinta años. Aquello que es percibido como abuso para ciertos sectores de la sociedad, tiene como contracara el privilegio de otros. Un momento constituyente debiera buscar la transformación de esa relación abuso/privilegio a la luz de la garantía universal de los derechos, garantías constitucionales en las que toda persona concurre, desde sus diferencias, como un igual. Para enfrentar con éxito este desafío, debemos evitar una reflexión teórica o en abstracto acerca de la nueva Constitución y situarnos en los objetivos que el presente nos demanda: la concentración del poder político y económico –antecedente directo del abuso– no puede llegar, nunca más, al punto de amenazar la efectiva garantía de los derechos fundamentales, tanto para proteger los derechos –especialmente de los sectores vulnerados–, como para la representación de la voluntad soberana.

Es necesario comprender el fenómeno en su conjunto para desarticular aquellas condiciones institucionales que, habiendo dado paso a determinadas condiciones materiales de existencia, han facilitado la configuración de privilegios para unos pocos, subvirtiendo la dimensión emancipatoria que podrían tener los derechos fundamentales a través de su mercantilización. No es casualidad que el discurso mejor articulado contra el ejercicio del poder constituyente proviniera de las autoridades constituidas. Ello denota la fractura sistémica entre las instituciones y el pueblo, una fractura entre quienes monopolizan el ejercicio del poder y quienes lo reivindican desde la soberanía popular; quienes cuentan con el poder económico y quienes no.

Desde esta perspectiva, y aunque aún puede ser aventurado afirmarlo, es posible que el eje izquierda/derecha esté enfrentando una reconfiguración conceptual como consecuencia de una progresiva transformación de las estructuras de poder social, especialmente luego de iniciada esta rebelión popular. Las relaciones de poder en el seno de la sociedad se han complejizado crecientemente en las últimas décadas, cambiando la distribución de

la clase política en torno a los nuevos clivajes sociales. Esta nueva configuración no se agota en la oposición o defensa de la dictadura, la agenda valórica o la protección de la libertad individual, pues incluye ciertos factores de creciente protagonismo. El eje sigue siendo pertinente políticamente, pero el contenido de las disputas políticas que le dan forma se encuentra en constante transformación.

En efecto, la visibilidad de grupos históricamente vulnerados que responden a relaciones sociales que van más allá del binomio capital/trabajo vienen a complejizar las razones tradicionales propias del eje izquierda/derecha (inmigrantes, niños, niñas y adolescentes, mujeres, pobres, disidencias sexuales, pueblos originarios, personas privadas de libertad, entre otros). Como consecuencia de lo anterior, la distribución de las definiciones políticas e ideológicas frente a los nuevos clivajes sociales ya no se corresponde pura y simplemente con el eje NuevaMayoría/ChileVamos que ha monopolizado la política chilena desde 1990, con sus distintos nombres. Por lo mismo, subsisten defensores de la vieja Constitución a ambos lados del antiguo eje, especialmente si entendemos por tal la estructura de poder social y no solo un texto jurídico. En otras palabras, la oposición a una *nueva* Constitución también debe ser entendida como una defensa de sus privilegios, que se explican por la vigencia de una estructura social de relaciones de poder, cuyos beneficios trascienden la lógica binominal y se distribuyen a lo largo del eje NuevaMayoría/ChileVamos.

Con independencia de si son opositores o adherentes de la dictadura, liberales o conservadores en materias de moral sexual, individualistas o no en materia de libertad individual, pro mercado o estatistas, se trata de definiciones ideológicas de la clase dirigente, políticamente transversales, que acrecientan la brecha social entre las distintas formas de ver la vida, de ver las relaciones en sociedad. El 18 de octubre de 2019, sin embargo, marca la crisis final de legitimidad de un modelo de organización social basado en esta relación abuso/privilegio que se construye desde la acumulación y concentración del poder; este debería ser reemplazado por uno que responda a las demandas sociales masificadas en estos meses:

derechos garantizados universalmente, no mercantilizados. Chile cambió: ya no tolera la prepotencia ni el abuso. Demanda, por el contrario, el fin de los privilegios.

Chile cambió: cambio cultural y cambio constitucional

En este escenario, la demanda por un cambio constitucional forma parte de una serie de transformaciones sociales que se han verificado a lo largo de las últimas décadas y que, por razones que también permiten explicar la débil legitimidad democrática del orden vigente, no tienen un correlato en la institucionalidad que dé cuenta de ellos. En otras palabras, podríamos decir que en las últimas décadas *Chile cambió*, pero su institucionalidad no. La nuestra es una institucionalidad que sigue anclada a nuestro pasado reciente, a las lógicas y temores de la dictadura, en definitiva, anclada a la Constitución de 1980. Aunque se han verificado una serie de reformas al texto constitucional desde 1989, lo cierto es que hay dos grandes dimensiones del diseño original que se mantienen, prácticamente, inalteradas: la mercantilización de los derechos fundamentales (especialmente los de carácter social) y la concentración del poder. Volveremos sobre estos aspectos más adelante. Por ahora, quisiera detenerme para explicar la relación que existe entre estos cambios culturales y los cambios que se demandan a la Constitución.

Como señalamos previamente, la Constitución chilena vigente es el resultado de la reacción conservadora frente a los cambios sociales e institucionales verificados durante las décadas anteriores –especialmente entre 1964 y 1973–, dando forma a una cierta constante en la historia constitucional chilena, cuyos hitos más significativos los podemos encontrar en el golpe de Estado de enero de 1925 y la redacción de la Constitución de ese año, la sublevación de la Armada orquestada por el Congreso Nacional en 1891, la guerra civil de 1829 que supone el triunfo pelucón y la redacción de la

Carta de 1833. El Golpe de 1973 forma parte de esta tradición, la reacción armada de los sectores conservadores más identificados con la protección de ciertos sectores privilegiados, que se levantan contra gobiernos elegidos democráticamente.

Sin embargo, la pretensión conservadora por ordenar la sociedad de determinada manera nunca logra disciplinar del todo las prácticas políticas que protagoniza la sociedad chilena y sus representantes, ya sea al alero de dicha normativa, o bien, a través de cambios institucionales. Así, el autoritarismo portaliano inicial de 1833 cede ante las presiones sociales y políticas, dando paso a reformas importantes que se verifican desde la década de 1850 y se profundizan con las reformas constitucionales de 1873-74 y las llamadas leyes laicas de 1883-84. Lo propio puede decirse de la Constitución de 1925: un diseño –el de Alessandri– inicialmente muy presidencialista que, luego de varios años de crisis institucional sostenida, da paso a una práctica política más bien parlamentarizada, marcada por el desarrollismo keynesiano que sigue a la gran crisis financiera de 1929; es decir, un modelo económico y político muy alejado de las ideas originalmente recogidas en la norma fundamental.

La Constitución chilena vigente forma parte de este derrotero histórico: una reacción conservadora y autoritaria contra el gobierno de Allende y los procesos de transformaciones sociales y económicas que venía mostrando Chile desde la década de 1930: desarrollismo, incipiente industrialización a través de la Corfo, nacionalización de recursos naturales (en especial del cobre), reforma agraria, surgimiento y extensión de las clases medias, extensión de los derechos civiles y políticos, entre otros. El proyecto político consagrado en la Constitución de 1980 es una respuesta a ese proceso; un intento por contener los cambios sociales a través de un diseño institucional muy presidencialista y funcional a la concentración del poder, que neutraliza la posibilidad del Estado de proveer servicios sociales de calidad a la población y le entrega dicha tarea a empresas privadas. Así, la concentración del poder y la mercantilización de los derechos sociales generó un proceso de

creciente precarización de la sociedad, marcado por la segregación social y territorial y el enriquecimiento de una pequeña minoría económica.

Este factor es clave para comprender por qué la Constitución, ilegítima en su origen, ha persistido en su ilegitimidad, pues ha sido utilizada para evitar que los cambios sociales –representados por las demandas sociales de los últimos treinta años– lograran consolidarse en cambios institucionales. *Chile cambió* en muchos aspectos hoy negados o reprimidos por ese orden social representado por la Constitución: protección del medio ambiente, plena igualdad entre hombres y mujeres, reconocimiento de la diversidad sexual y de los pueblos originarios, una red de protección y asistencia social justa y equitativa, por mencionar algunas demandas, evidencian que el Chile que se asoma al 2020 es un país diferente, que se resiste a ser codificado como lo fue en 1980. Esa resistencia se traduce en la demanda por una Constitución legítima, una que pueda ser reconocida como propia por quienes integramos este nuevo Chile.

Sabemos que las dos constituciones anteriores –1833 y 1925– lograron legitimarse a través de la práctica constitucional que siguió a sus períodos más duros e inestables, incluso a través de reformas más o menos importantes. También sabemos que este no es el caso de la Carta vigente: luego de su aprobación, los años de mayor represión durante la década de 1980 fueron sucedidos por un incesante cuestionamiento social a su ilegitimidad. Ni aun las decenas de reformas constitucionales han aplacado la crisis que se cierne sobre ella y, especialmente, sobre el orden social que representa: la Constitución es la cara visible de la ilegitimidad de un régimen económico, político y social impuesto por la dictadura civil y militar para la protección de la posición de privilegio de ciertos sectores sociales, en desmedro de los sectores medios y, especialmente, de las clases populares.

La sociedad civil vive esta ilegitimidad diariamente, a través de la segregación socioeconómica que se ha configurado en las últimas décadas, manifestada en las áreas más sensibles: salud, educación,

vivienda, trabajo, seguridad social, transporte, entre otros, marcan la cara olvidada de los problemas reales de la gente, del pueblo. Se trata de una forma de violencia y exclusión que el diseño institucional ejerce, permanentemente, sobre los sectores sociales más desventajados y que alimenta la demanda por una nueva Constitución. Por eso no basta con una nueva reforma –otra más– al texto constitucional: es fundamental un rediseño de nuestra convivencia democrática en el que podamos participar activamente, para dar forma a un modelo que nos permita vivir en condiciones de mayor justicia e igualdad y participar de los beneficios propios de una sociedad democrática, de forma más equitativa. Luego de treinta años de terminada la dictadura, los distintos sectores que dan vida a la sociedad civil y a los pueblos de Chile demandan cambios constitucionales que permitan poner término, también, al modelo de sociedad que la dictadura impuso a través de su Constitución.

En un hecho que la sociedad chilena lleva mucho tiempo discutiendo sobre el cambio constitucional y la necesidad de redactar una nueva Constitución, incluso antes de su propia aprobación. Distintos sectores sociales han promovido la necesidad de una reflexión crítica sobre la necesidad de un proceso constituyente democrático y riguroso. En estos asuntos constitucionales, el ciudadano y la ciudadana común y corriente se juega mucho más de lo que cierta clase política se esfuerza por transmitir. De la Constitución derivan, por ejemplo, el sistema escolar y universitario de educación pública y privada, el sistema de salud, la protección al trabajo y la seguridad social, todos ellos derechos fundamentales que mantienen la estructura de su diseño original.

En las últimas décadas se han aprobado más de cuarenta leyes de reforma constitucional –la mitad de ellas posteriores a 2005– sin considerar los innumerables proyectos aún en trámite. Si bien estas reformas han moderado el espíritu originalmente autoritario de la Carta, acercándola a estándares democráticos, existen aspectos angulares de nuestra convivencia democrática que se encuentran todavía pendientes: el sistema de protección de derechos fundamentales, el sistema de quórum para las materias de ley más

importantes, el presidencialismo reforzado, la excesiva centralización territorial del poder, entre otras.

A pesar de los esfuerzos por democratizar su contenido, el texto sigue careciendo de legitimidad entre la población. Existe una sensación permanente de insatisfacción y engaño: con o sin la firma del Presidente Lagos, esta sigue siendo la Constitución de la dictadura, aquella que fue redactada durante estado de sitio e impuesta mediante fraude electoral. No es *nuestra* Constitución; nunca lo ha sido. Existe una desafección social masiva respecto del orden constitucional, de una sociedad que no lo reconoce como suyo, ni como legítimo. La Constitución es percibida como una norma ajena, extraña, redactada por otros y para otros; una Constitución que no asegura una convivencia social pacífica y democrática, pues petrifica un modelo social injusto, abusivo y segregador.

Por ello no estamos en presencia de una cuestión de teoría constitucional, reservada a una élite especializada de juristas iniciados en los modos, ritos y formas del derecho constitucional. Esta Carta es y será ilegítima porque plasma un sistema político y social diseñado al servicio de intereses económicos que benefician a una minoría social que reditúa a costa de la inmensa mayoría. El pueblo lo sabe y se moviliza para denunciarlo. El abuso del poder económico en las Isapres, la banca y el *retail*, la colusión empresarial, el centralismo político y administrativo, en fin, el lucro en educación y seguridad social han movilizado a millones de personas que, a lo largo de todo el país, se manifiestan contra el modelo social impuesto desde la Constitución. Son un fiel reflejo de cómo la sociedad sí conoce de cuestiones constitucionales, desde su propia inmediatez y experiencia, rebelándose contra un sistema deslegitimado desde ese conocimiento. Este es un problema que supera a la clase dirigente, pues estamos en presencia de una rebelión que demanda un nuevo pacto político.

No era depresión; era neoliberalismo

Las calles han dado paso a la libre expresión de una sabiduría popular olvidada, postergada. Diversos rayados murales y carteles de protesta social han acompañado esta rebelión popular, explicitando el contenido propiamente político de este movimiento e identificando tanto su dimensión destituyente –es decir, contra qué o quién se levanta– como su dimensión constituyente –qué propuestas se formulan. Entre estos carteles, quisiera detenerme en aquel que le da título a este epígrafe: *no era depresión; era neoliberalismo*, pues representa muy bien esa doble dimensión de la movilización social, una que busca terminar con algo y otra que pretende, a la vez, proponer una alternativa en su reemplazo. En este punto, cabe explicar cómo la Constitución chilena vigente se encuentra en la raíz del malestar social, pero no solo de ese malestar político contra el cual se articula un pueblo que levanta una voz de protesta, sino de aquel malestar que atraviesa nuestras vidas, incluso nuestros cuerpos; un malestar que ha sido procesado, muchas veces, como si fuera una enfermedad e, incluso, tratado con medicamentos. Un malestar que surge desde condiciones materiales de vida que van más allá de los afectos familiares, personales o pasionales; condiciones marcadas desde fuera, que configuran relaciones sociales atravesadas por derechos mercantilizados, por los derechos de una Constitución neoliberal.

Hemos dicho previamente que una Constitución es la máxima manifestación normativa de ese modelo denominado *democracia constitucional*. Este binomio da cuenta de que no se trata solo de una norma jurídica, sino también de un pacto político, de una determinada forma de organizar –y ejercer– el poder. Una norma estructurada a partir de una serie de enunciados abiertos e

indeterminados, disponibles para futuros procesos deliberativos y democráticos que les den significado, que los interpreten; procesos políticos de deliberación y de participación ciudadana, que revisarán críticamente su contenido material.

No obstante, la forma en que una Constitución incorpora los derechos fundamentales en su texto puede condicionar el desarrollo de los procesos políticos –institucionales o de cambio social– al punto de restringir el ámbito dentro del cual puede desenvolverse tanto la Ley como la sociedad y, en consecuencia, coartando las condiciones que permiten el ejercicio de los derechos y, en consecuencia, de la libertad política. A mi juicio, esta es la amenaza que emana de la forma en que la Constitución vigente reconoce y protege los derechos fundamentales, pues, sin perjuicio de recurrir a algunas fórmulas tradicionales, incorpora una serie de dispositivos a través de los cuales rompe el necesario equilibrio entre los derechos, protegiendo unos en desmedro de otros. Así, el concebir los derechos desde un prisma ideológico de carácter neoliberal, la Constitución amenaza la debida protección de los derechos sociales y de su ejercicio, los que ni siquiera se encuentran amparados por el recurso de protección. Para el actual orden constitucional, se trata de derechos de segunda categoría, que tienen un régimen jurídico muy desmejorado en relación a los llamados derechos de libertad (especialmente propiedad, libertad de empresa) que no solo cuentan con una regulación constitucional favorable, sino también con mecanismos institucionales que permiten garantizar su ejercicio, incluso en desmedro de otros derechos. Considerando que los derechos sociales se encuentran en la base de las demandas ciudadanas de los últimos treinta años –en especial desde el 18 de octubre de 2019– el desbalance en la protección constitucional de los derechos parece ser un factor clave: la retirada del aparato público en la protección de los derechos sociales y su progresiva mercantilización son un antecedente directo del malestar social acumulado en estos últimos treinta años.

Sabemos que los derechos constitucionales cumplen una doble función: en primer lugar, son fundamentales porque responden a un

largo proceso histórico que los ha alzado a la categoría de indispensables para la convivencia democrática en una sociedad compleja y plural que busca garantizar paz; en segundo lugar, son fundamentales en tanto *fundan* o establecen una determinada concepción del tipo de convivencia democrática que una sociedad garantiza para sí misma. No son ideológicamente neutros, pues el proceso político de su configuración se construye a partir de ciertos hitos históricos: las revoluciones burguesas, las revoluciones proletarias, la lucha contra los totalitarismos del siglo xx, la lucha por la extensión de los derechos civiles, los distintos procesos de descolonización, el fin de las dictaduras del sur de Europa y, especialmente, de las dictaduras de América Latina. Estos derechos constituyen el tipo de sociedad democrática en que ciertas comunidades políticas han decidido convivir: abiertas, socialmente diversas, tolerantes, complejas, política y culturalmente plurales. Sin embargo, la forma en que la Constitución chilena vigente regula los derechos sociales ha configurado una forma de convivencia política condicionada por la ideología neoliberal, que determina las condiciones materiales de vida de las y los ciudadanos.

En educación, por ejemplo, la introducción de lógicas de mercado es una de las manifestaciones más claras de cómo lo jurídico ha configurado una determinada forma de relaciones sociales y, por tanto, de poder. Concretamente para el sistema de educación superior chileno, la configuración de la universidad depende de decisiones estatales –tomadas tanto en dictadura como en democracia– en materias de provisión, subsidio y regulación. Un sistema que privilegia la provisión de educación por parte de universidades privadas en desmedro de las universidades públicas, pues mientras éstas se encuentran sometidas a todas las restricciones y controles propios del sector público, las privadas cuentan con las garantías y libertades que contempla la Constitución (aun cuando reciban más fondos públicos que las propias universidades del Estado). De esta manera, al restringir las condiciones para el desarrollo de las instituciones públicas y al mercantilizar el acceso a la educación, el orden constitucional

contribuye tanto a la concentración del poder como a la progresiva segregación de la sociedad, pues la garantía del derecho se ve reducida a una máxima incompatible con su carácter universal: cada cual recibe lo que puede pagar.

Lo propio ocurre con todos los demás derechos sociales: el repliegue de la actividad prestacional estatal, que se reduce a cubrir ciertos mínimos muy básicos y en condiciones muy precarias, va acompañado del fortalecimiento de las prestaciones privadas que proveen estos derechos (incluso financiadas con fondos estatales), generando condiciones inmejorables para la concentración del poder en grandes conglomerados económicos en los cuales se acumula el capital. Las AFP son una prueba irrefutable de esta forma neoliberal de configurar el ejercicio de nuestros derechos: las prestaciones estatales se reducen a un pilar solidario que está muy por debajo de la línea de la pobreza, mientras que todas nuestras cotizaciones previsionales son destinadas a una forma de especulación financiera que no satisface los estándares mínimos de un sistema de seguridad social: no es universal ni solidario y sus tasas de retiro no permiten condiciones de vida similares a las que se llevaban antes de la jubilación.

Acumulación del malestar social como consecuencia de las condiciones precarias del ejercicio de derechos sociales, en el marco de una Constitución neoliberal. En efecto, a través de decisiones normativas, los procesos políticos configuran los espacios vitales que cada comunidad identifica como fundamentales para el efectivo reconocimiento y protección de la dignidad de la persona humana; los derechos no son meras declaraciones de principios. Por ello es clave comprender los efectos de la actual Constitución sobre el sistema de protección de derechos sociales: mientras la Constitución de 1925 permitió que el ejercicio de los derechos fuera coherente con las tendencias políticas que marcaron este período histórico, la de 1980 marca el tránsito hacia una sociedad neoliberal, donde nuestros derechos son considerados bienes de consumo y su provisión es entregada a las lógicas del mercado: competencia, interés privado,

ganancia individual, lucro; la hegemonía de la razón neoliberal, que ha permeado prácticamente todas las esferas de la vida.

Tras estos cambios políticos y sociales se verifica una importante reconfiguración de las relaciones de poder político y económico, donde las viejas instituciones estatales a través de las cuales se proveía de servicios sociales y se garantizaba el ejercicio de los derechos, son reemplazadas por un número reducido de selectas empresas privadas, con poca competencia y muy bien conectadas con los círculos de poder político. Así, el discurso antiestatista dio paso a nuevos procesos de acumulación y a una progresiva concentración del poder político y económico, todavía menos transparente y ciertamente más alejada de los controles democráticos; procesos de acumulación funcionales a aquellos sectores de la sociedad que aparecen en la parte alta de todas las tablas de caracterización socioeconómica, concentrando las riquezas del país.

Los más perjudicados con la imposición constitucional de esta razón neoliberal han sido, sin duda, los derechos sociales. Estos derechos son una respuesta a la crisis social que comienza en el siglo xix y se proyecta hacia el xx, la que deja en evidencia cuán vacíos podían ser los derechos constitucionales para aquellos amplios sectores de la sociedad marginados del poder económico. Las disposiciones constitucionales garantizan tanto la titularidad de los derechos como su ejercicio, dimensión que permite aterrizar conceptos abstractos a la materialidad de la vida social, destinando a una legislación posterior la regulación de las condiciones y garantías de dicho ejercicio, aquellas que permitan el desarrollo integral de la persona; ello supone garantizar el ejercicio de todos los derechos a todas las personas.

En Chile, la tensión entre libertad de empresa y derechos sociales tiene en el principio de subsidiariedad un punto central, pues ha configurado relaciones de poder que responden, directamente, a los recursos económicos asociados a estos derechos. Volveremos a la

subsidiariedad en el apartado siguiente, pero quisiera detenerme en algunas tensiones concretas en materia de derechos sociales.

La universidad –una institución fundamental para el desarrollo de un país, así como para la democratización del conocimiento y del capital cultural asociado a él– ha sido una testigo tristemente privilegiada del proceso de imposición constitucional de esta razón neoliberal. En el marco de un modelo capitalista de universidad, los intereses particulares que confluyen en ella han condicionado su desarrollo, donde el verdadero objetivo de las políticas neoliberales pareciera ser el lucro privado y el interés particular. Este se ha materializado a través de algo que ya parece ser una marca registrada en la reestructuración del sistema de universidades: privatizaciones y fortalecimiento de la industria privada, acompañadas de agencias estatales (y luego también privadas) de control de calidad, donde Chile constituye un temprano y avanzado ejemplo; asimismo, un sistema de bonos e incentivos económicos impacta a lo largo de todo el quehacer universitario, transversalmente, desde los procesos de matrícula hasta los resultados de la investigación científica y su difusión, extendiendo las influencias de la razón neoliberal.

Es posible identificar ciertas tensiones en el modelo, algunas decisiones que podrían interpretarse como un intento por sacudirse esta verdadera colonización neoliberal que significa el orden constitucional vigente. En un contexto institucional algo excepcional por la configuración de sus mayorías políticas, entre 2011 y 2012 el Tribunal Constitucional dictó una serie de sentencias que amenazaron con cambiar el eje de referencia de la protección constitucional del trabajo, ya no desde la libertad contractual de los trabajadores y de los empleadores, que era la concepción tradicional de la Comisión redactora del texto original de 1980, sino desde la protección de las condiciones materiales del trabajo y la especial dignidad del trabajador; sentencias posteriores, sin embargo, van a contradecir este argumento. Lo propio ocurrió con la garantía del derecho a la salud en 2007, donde la comprensión de la subsidiariedad fue invertida por el tribunal, argumentando desde el deber principal del Estado –y no de las Isapres– de garantizar el ejercicio del Derecho,

pero sin generar cambios significativos en el sistema nacional de salud. Algo similar, aunque más débil, ocurrió en educación, donde las decisiones institucionales han sido contradictorias en los últimos años, tanto en las leyes que reforman el sistema escolar como en la implementación de la gratuidad universitaria.

Los criterios de fundamentalidad de los derechos sociales –es decir, las razones por las cuales entendemos que un derecho debe ser fundamental– siguen siendo una materia en disputa en Chile, pues las regulaciones jurídicas aún los conciben como bienes privados, sensibles a las lógicas mercantiles y de acumulación propias del modelo constitucional vigente. Mientras, la razón neoliberal sigue siendo hegemónica en el sistema constitucional chileno. Ello permite explicar por qué una demanda social por educación pública, gratuita y de calidad fuera procesada por la clase política en clave neoliberal, esto es, a través de un modelo de subsidio a la demanda y no como un derecho universal, sin financiamiento basal a las instituciones, protegiendo el lucro de ciertas universidades privadas y postergando el rol que le corresponde a la universidad pública en la garantía del derecho a la educación. Es esa hegemonía de la razón neoliberal la que permite explicar por qué se prohíbe el lucro en las universidades mientras, al mismo tiempo, se permite que estas puedan ser controladas por empresas con fines de lucro e incorporadas al sistema de financiamiento estatal de la gratuidad.

Estas tensiones y contradicciones muestran una disputa por la resignificación del contenido material de los derechos sociales, la que se ha verificado a lo largo de los últimos años, de la mano con una serie de movilizaciones sociales en defensa de estos derechos. Sin duda, el ciclo de protestas que se inicia el 18 de octubre de 2019 forma parte de este proceso de defensa de los derechos, así como de la disputa por los contenidos constitucionalmente garantizados. La posibilidad de transformar la garantía de estos derechos pasa por la aprobación de una nueva Constitución, donde *nueva* significa no-neoliberal. Sabemos que la sociedad chilena se ha manifestado masiva a insistentemente en contra de la comprensión neoliberal de

estos derechos (especialmente educación, salud, seguridad social, agua), por lo que una nueva Constitución debe dar respuesta a estas demandas y garantizar derechos universales no mercantilizados, es decir, cuyo ejercicio no dependa de la capacidad de pago de cada cual. Solo así el malestar social podrá ser canalizado de una manera que responda a las demandas sociales de los últimos años y, a la vez, asumir el desafío de identificar y enfrentar sus causas, con el objetivo de prevenir futuros ciclos políticos de acumulación de este mismo malestar social.

Subsidiariedad y derechos sociales

Los derechos sociales han estado, junto a otras demandas, en el centro de las movilizaciones; no desde el 18 de octubre, sino desde el retorno a la democracia. El principio de subsidiariedad, por su parte, es uno de los ejes articuladores del proyecto político de la dictadura, cuya presencia es transversal al texto constitucional aprobado en 1980, aunque ninguna norma lo declara o consagra expresamente. Su contenido fue construido a través de la interpretación de diversas normas constitucionales y ratificado por la práctica institucional. Sin el principio de subsidiariedad, nuclear en el diseño original de la Constitución chilena vigente, no es posible entender el modelo de Estado que actualmente nos rige, así como el tipo de relación que se traba entre éste y la sociedad, especialmente en materia de derechos sociales: una relación en clave subsidiaria.

Inicialmente concebido como una forma de garantizar la autonomía de los llamados *grupos intermedios* de la sociedad, en Chile se construye a partir de ciertas interpretaciones de lo señalado por el artículo 1º inciso 3º de la Constitución (“el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”), la garantía de la libre iniciativa económica (art. 19 Nº 21 i. 1º), el estatuto del Estado empresario (art. 19 Nº 21 i. 2º) y el derecho de propiedad (art. 19 Nº 24 i. 1º y 2º), aunque ninguna de estas normas lo señale expresamente. Se trata de un principio que prioriza la actividad privada por sobre la actividad pública o estatal, obligando al Estado a abstenerse de participar en determinadas actividades (por ejemplo, en el sistema de pensiones) cuando un agente privado –típicamente, una empresa– esté en condiciones de hacerlo y, además, lo haga

satisfactoriamente. Así, el Estado estaría autorizado (aunque no necesariamente obligado) a intervenir en determinada actividad cuando no haya privados que quieran participar en ella, o bien, para suplir las deficiencias de la participación privada (siguiendo con el ejemplo: la pensión básica solidaria).

Es posible afirmar que la aplicación de este principio ha significado un fuerte retroceso en materia de protección de los derechos, especialmente por cuanto su interpretación como un mandato general de abstención que la Constitución dirige hacia el Estado, ha sido extendida a materias distintas de la autonomía de los grupos o cuerpos intermedios. Aunque el mandato constitucional de la norma citada no establece el ámbito de aplicación del principio, se le ha atribuido una interpretación extensiva, haciéndolo aplicable a diversos ámbitos de la sociedad, tales como salud, educación, seguridad social, vivienda.

En la comprensión dominante sobre esta materia, se trata de un principio que se manifiesta en una doble dimensión: negativa, que ordena la abstención de intervención estatal, y positiva, que protege la autonomía de los grupos intermedios para la consecución de sus fines. Mediante esta interpretación, la intervención del Estado solo se justifica si estos grupos no pueden realizar sus actividades, si atentan contra el bien común o si no satisfacen ciertas necesidades sociales, por falta de interés o de capacidades. En consecuencia, el Estado es concebido como un agente residual en el funcionamiento de la sociedad, cuya intervención es excepcional. Similar a la visión del Estado y la sociedad como dos estructuras independientes, propia del siglo xix, construida sobre los derechos de libertad en desmedro de los derechos sociales.

La subsidiariedad del Estado ha sido concebida como una de las bases de la institucionalidad vigente y su aplicación ha sido validada más allá de sus fronteras conceptuales más evidentes –la libertad de asociación– extendiéndose a los sistemas de provisión de servicios que permiten el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente los de carácter social. Como consecuencia de ello,

actualmente diversas prestaciones sociales ya no dependen del aparato público, sino de empresas privadas que operan desde la protección constitucional de su autonomía. Así, el papel del Estado se ha transformado: dejó de ser un prestador principal de servicios sociales y devino en simple fiscalizador de empresas privadas, desprotegiendo el ejercicio de nuestros derechos y dejándolos a las lógicas del mercado.

Este modelo ha generado vicios importantes. Por lo pronto, el sector público ha dejado de ser el espacio de integración a través de prestaciones sociales uniformes y de calidad, dando paso a la segregación socioeconómica y territorial. Pero también ha generado vicios en la garantía misma de los derechos, pues una vez que la prestación es entregada por empresas privadas, los conflictos que puedan producirse en su ejecución son resueltos según criterios propios de la contratación entre privados –donde la asimetría entre prestador y afiliado es brutal– olvidando que estamos en presencia de derechos fundamentales de carácter social. Así, tanto la satisfacción de los derechos como la solución de los conflictos generados con ocasión de las prestaciones quedan, generalmente, entregadas a criterios mercantiles, donde no concurrimos como iguales, sino como consumidores con distinto poder adquisitivo.

Al satisfacer los derechos sociales por intermedio de prestaciones entre particulares, las personas quedamos sometidas a una relación contractual con una sociedad mercantil –una empresa– en una situación completamente desfavorable al titular del derecho. En este contexto, la función del Estado ha quedado reducida, en primer lugar, a la prestación directa de los servicios sociales que no significan un negocio para el sector privado y, en segundo lugar, a la fiscalización de las prestaciones privadas a través de superintendencias sectoriales, desnaturalizando el deber del Estado de garantizar, promover y proteger nuestros derechos. En la práctica, los derechos han sido aplicados siguiendo principios propios de las relaciones mercantiles entre particulares –como la libertad individual en materia económica y la autonomía de la voluntad para contratar– antes que de los derechos fundamentales.

Aun cuando sea posible que empresas privadas puedan realizar prestaciones sociales, es importante no perder de vista que el obligado principal por el derecho fundamental es el Estado. De esta manera, cualquier forma de participación de la sociedad civil, ya sea fundada en el bien común, la solidaridad o, incluso, en el lucro, no puede olvidar que estamos en presencia de derechos que limitan, controlan y configuran la actividad del Estado y que, además, se ejercen contra él. Así, cualquier forma accesoria de garantía de estos derechos, en especial si ésta supone un sistema de provisión privada de servicios sociales, debe tener como primerísima prioridad la efectiva garantía del derecho cuya prestación se demanda, por sobre el interés particular de quien provee el servicio y, ciertamente, por sobre el lucro. Es la única forma de avanzar hacia un sistema de protección de derechos no mercantilizado.

En definitiva, el principio de subsidiariedad debe limitarse a la garantía de la libertad de asociación y la autonomía para conseguir los fines de dicha asociación; nada más. En lo que se refiere a la protección y satisfacción de derechos fundamentales, especialmente los de carácter social, ha quedado demostrado por la historia de los últimos treinta años, que su aplicación ha sido funcional a los intereses de las empresas prestadoras de servicios sociales, pero no a la garantía efectiva de nuestros derechos. En esta materia operan elementos que responden a objetos diferentes, que no dicen relación con la libre iniciativa económica, sino con la protección y satisfacción de aquellos derechos básicos para nuestra convivencia en sociedad, mínimos compartidos sin los cuales la estabilidad social es imposible.

Muchas veces olvidamos que los derechos fundamentales son espacios de vida real, contingente, que una comunidad política decide proteger constitucionalmente. Es en la vida que se realiza la dignidad de toda persona, dignidad que hoy, aquí, nos reconocemos mutuamente y en virtud de la cual protegemos ámbitos constitutivos de esa vida, tales como salud, educación, trabajo, igualdad de género, inviolabilidad del hogar, libertad, igualdad ante la ley, etcétera. Hablar de derechos fundamentales nos remite a vidas concretas de personas concretas, de los cuales surge un saber

compartido que ve mucho más allá de lo que puede comprender un saber experto, técnico, que muchas veces no ve que los derechos y su ejercicio se encuentran atravesados por relaciones reales de poder. Y el orden constitucional –especialmente el actual– manifiesta muy claramente una sociedad estructurada por determinadas relaciones de poder, relaciones marcadas por la concentración y el consecuente abuso de poder. El Derecho es parte de esto. A veces, identifica situaciones de opresión que pretende disolver; otras, prescribe espacios para proteger la libertad individual, evitando su sometimiento, como en las relaciones laborales. Pero siempre opera en la lógica de las relaciones de poder. Así, la discusión constituyente en la que se encuentra inmerso el país es, también, una discusión sobre la forma en que se ejerce el poder en la sociedad, donde la garantía efectiva de nuestros derechos es fundamental.

Pensemos en las relaciones de poder que se traban en torno a las relaciones laborales. Creo que podremos afirmar que no se trata de una relación de poder pareja. Es esa disparidad la que lleva al Derecho a establecer mecanismos para compensar la relación de poder entre ambos sujetos y evitar relaciones abusivas o de dominación. Así, las normas que garantizan los derechos de las y los trabajadores se fundan en la centralidad del trabajo para la vida en sociedad, así como en la igual dignidad de toda persona, pues en estas relaciones pueden darse las condiciones para el tipo de abuso de poder que la sociedad no está dispuesta a tolerar, incluso atropellando esa igual dignidad.

Es en esa dimensión de relaciones de poder político que se mueven los derechos fundamentales, que deberá ser revisada y discutida en el marco del proceso constituyente, donde podremos ver cuáles son, actualmente, las concepciones mayoritarias acerca de la garantía y protección de nuestros derechos. Será a partir de estas concepciones que la sociedad podrá garantizar, democráticamente, el ejercicio de los derechos y, con ello, configurar las relaciones de poder que marcan nuestra cotidianidad.

El “orden público económico” como pilar del diseño constitucional

Uno de los principales obstáculos para el cambio social, que ha impedido responder adecuadamente a las demandas de los últimos años, ha sido la normalización de un determinado concepto muy característico del orden constitucional vigente en Chile: el llamado “orden público económico”. Se trata de un concepto que no está presente en el texto de la Constitución, sino que ha sido construido a partir de la interpretación de diversas normas constitucionales y desde algunas definiciones propias de la política monetaria, los grandes números macroeconómicos detrás del equilibrio fiscal y la pretensión del mercado como el asignador más eficiente de recursos siempre escasos. Es la forma en que la clase dirigente ha logrado articular una respuesta más o menos homogénea, incluso transversal políticamente, ante las demandas sociales: *los recursos son escasos y las necesidades infinitas*. Esta afirmación –que no se mueve en el eje de lo más o menos correcto, sino en el eje de lo más o menos posible– ha sido esgrimida como argumento para sostener políticas económicas de austeridad ante momentos de crisis y, simultáneamente, para sostener políticas económicas también de austeridad en momentos de bonanza económica.

Ahora bien, si el discurso de la austeridad es utilizado como respuesta para dos tipos de situaciones muy distintas entre sí, lo más probable es que su objetivo no sea ni hacer frente a una crisis en curso ni prepararse para una eventual en el futuro, sino mantener las actuales estructuras de poder social, haciéndolas impermeables a los momentos de crisis (de modo tal que no se levante una demanda constituyente que permita revisarlas) y a los momentos de bonanzas (para que la redistribución de la riqueza no suponga una distribución

del poder). En el actual contexto político, en que el discurso sobre los recursos escasos y las necesidades infinitas vuelve a cobrar relevancia, y especialmente ahora que estamos en medio de una crisis social de mayor envergadura, es clave revisar cómo se ha instalado la idea de un cierto orden público económico que no puede ser revisado y que, además, se encuentra garantizado, ni más ni menos, que por la mismísima Constitución Política.

El llamado orden público económico se encuentra en el corazón del proyecto constitucional aprobado en 1980 –todavía vigente– y ha sido construido a partir de la interpretación de algunos artículos del texto constitucional, realizado tanto por abogados constitucionalistas cercanos al proyecto político de la dictadura, como por instituciones públicas importantes, especialmente por el Tribunal Constitucional. En otras palabras, ha sido cierto sector de las y los profesores de derecho constitucional el que, siguiendo orientaciones políticas y académicas particulares, consolidó una forma de entender la relación entre economía y Estado. A pesar de tratarse de una lectura particular, la posición hegemónica de la cual gozó por décadas, le permitió configurar el contenido del concepto casi sin contrapuntos, dando paso a su normalización.

De esta forma, se encuentra bastante arraigada la idea que este orden público económico responde a un contenido constitucionalmente protegido, específicamente a partir de la protección de la propiedad privada, un eventual reconocimiento del principio de subsidiariedad y una restricción estructural al desarrollo de actividades económicas por parte del Estado. Aunque no se desprende, necesariamente, de la Constitución, esta interpretación se ha construido a partir de una determinada lectura de las reglas constitucionales para la actividad económica (el artículo 19 Nº 21), a pesar que estas normas protegen el derecho fundamental a la libre iniciativa económica (inciso 1º) y establecen las condiciones para la actividad empresarial del Estado que consisten, básicamente, en reglas formales sobre quórum y competencias para la Ley (inciso 2º). El llamado “estatuto constitucional del Estado empresario”, uno de los pilares del orden público económico es, simplemente, el

establecimiento de ciertos reqisitos formales. Sin embargo, ha sido la práctica política –a través de la cual se completan los enunciados constitucionales– la que ha cerrado su contenido impidiendo una lectura diferente, una que habilite otras formas de entender la relación entre economía y Estado, más allá de la subsidiariedad. A este respecto, la Constitución de 1980 sigue vigente en su diseño original.

Tan consolidada se encuentra esta postura, que la única forma de avanzar en un camino distinto, uno que fortalezca el rol del Estado en la actividad económica, así como en la prestación de importantes servicios sociales para la garantía de nuestros derechos, es a través de una nueva Constitución. En efecto, uno de los efectos más potentes de todo proceso constituyente es su impacto en la reconfiguración de las relaciones de poder en la sociedad, un impacto que supone alterar no solo las normas jurídicas a través de las cuales estas relaciones se configuran, sino un cambio significativo en el marco con el cual se comprenden esas relaciones sociales. Es decir, nuevas normas jurídicas y, al mismo tiempo, nuevos criterios para su interpretación, que contribuyan a consolidar el cambio de paradigma que supone la aprobación de una nueva Constitución y lo proyecten hacia el futuro, dándole estabilidad política y social al cambio que surge del momento constituyente.

Se trata, en definitiva, de un cambio constitucional necesario no solo para reconfigurar las normas constitucionales a través de las cuales se regula la actividad económica, sino para que el sistema tenga la flexibilidad necesaria para enfrentar los distintos contextos históricos y políticos de manera más eficiente, conforme a los requerimientos sociales. La rigidez de nuestra matriz productiva ha sido una de las grandes trabas al desarrollo del país; parte importante de esa rigidez se explica por el estrecho margen de acción contemplado para el desarrollo de la actividad estatal, especialmente en materia de innovación científica y tecnológica, que agregue valor –en clave de interés general y no solo de ganancia privada– a una economía básicamente extractivista.

Aunque parezca una reflexión académica, alejada de los procesos de cambio social por los que atraviesa el país, lo cierto es que esta concepción hegemónica del orden público económico, de la actividad económica en general y de la actividad económica del Estado en particular, ha generado efectos concretos en la protección y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente los de carácter social, efectos que las personas vivimos día a día. Los derechos sociales, como se ha señalado previamente, se encuentran reconocidos en normas constitucionales que los configuran de una determinada manera, estableciendo el marco general aplicable tanto a los titulares de derechos que demandan la satisfacción de determinados servicios sociales (educación, salud, pensiones, entre otros), como a las empresas privadas que materializan dichas prestaciones sociales y, por cierto, al propio Estado. Así, la forma en que una Constitución protege estos derechos tiene un efecto importante en las relaciones sociales en las cuales estos se ejercen.

Recordemos que los derechos sociales vienen a testimoniar la crisis social que afectó al Estado de Derecho durante el siglo xix, cuando las condiciones materiales de vida hicieron que los derechos fueran declaraciones vacías de contenido para amplios sectores de la sociedad. Es lo que parece ocurrir en la actualidad, pues el reconocimiento formal de un derecho no es suficiente si luego no están dadas las condiciones para garantizar y proteger su ejercicio efectivo. Son las dos caras de los derechos: titularidad y ejercicio, y ambas deben ser garantizadas suficientemente, pues sin ellas, sin una titularidad universal o sin una garantía adecuada de su ejercicio, los derechos devienen en privilegios para unos y promesas incumplidas para otros.

Es por el efecto que estas normas tienen en la configuración de la sociedad, de una sociedad de privilegios como la chilena, que la tensión entre orden público económico y derechos sociales es tan importante para la discusión constituyente pues, además, tiene en el principio de subsidiariedad su eje central. Se trata de un diseño institucional transversal a la Constitución de 1980, todavía vigente, que no puede ser desmontado reformando algunos aspectos de su

articulado o, incluso, aprobando nuevas leyes que avancen en un sentido contrario. La implicancia de la opción por un Estado subsidiario atraviesa distintas dimensiones del texto constitucional que van más allá de cómo regular la actividad económica estatal e intervienen en la garantía de los derechos fundamentales a través del repliegue de la función estatal a la sola fiscalización, la privatización de importantes servicios sociales muy sensibles para la vida cotidiana de millones de personas y la consecuente mercantilización de importantes derechos sociales. Se trata de una condición que estructura el orden constitucional vigente; un diseño que no puede ser reformado a través de un paquete de leyes o reformas sociales.

La envergadura de estos cambios requiere una nueva Constitución. Solo así podremos avanzar de una sociedad de privilegios a una de derechos efectivamente garantizados. Detengámonos en esta diferencia, en el impacto social que significa una disparidad tan importante en el ejercicio de los derechos fundamentales y que marca una de las brechas sociales más significativas del momento de crisis que se evidencia a partir de octubre de 2019. La forma en que la Constitución de 1980 reconoce y protege los derechos de las personas, estableciendo derechos de primera y de segunda categoría, ha configurado determinado tipo de relaciones de poder político en la sociedad, que derivan directamente de los recursos económicos asociados al ejercicio de los derechos que aquí hemos puesto en tensión: la libertad de empresa y los derechos sociales. La disparidad de poder que podemos apreciar en el ejercicio de los derechos es brutal, no solo entre quienes ejercen uno u otro derecho sino que, incluso, entre quienes ejercen un mismo derecho pero en contextos socioeconómicos diferentes. El ejercicio y garantía del derecho a la salud, por ejemplo, da cuenta de estas brechas sociales. Mientras la actividad económica de las Isapres genera utilidades que se cuentan por decenas de miles de millones cada año –utilidades generadas gracias a los contratos de salud que celebran con el sector más rico de la población–, el sistema público de salud no solo se encuentra colapsado, por atender al sector más numeroso y necesitado de la población, sino que, además, está

estructuralmente desfinanciado. Es decir, la sociedad chilena destina más recursos a atender la salud de los más ricos, dejando a los menos ricos y a los más pobres a merced de la disponibilidad de los siempre esquivos recursos públicos.

Sabemos que los pobres están entregados a la disponibilidad de recursos públicos, donde la concepción de su salud como derecho y la actividad económica del Estado son sistemáticamente cuestionados desde el discurso de la ineficiencia; por otro lado, los ricos participan de relaciones de poder social diferentes, construidas por los contratos de seguro que son capaces de firmar con empresas privadas, teñidas de libertad contractual. Así, mientras en el sector público falta dinero, en el sector privado sobra. Ese es el resultado de la tensión actual entre la concepción política del orden público económico y la concepción política de los derechos sociales, anclada en la Constitución.

El eje de esta dicotomía está marcado por la concepción del Estado subsidiario y la tensión entre libertad de empresa y derechos sociales: un Estado prestador de servicios sociales de calidad, eficientes y gratuitos (objetivo que es perfectamente realizable en nuestro país) dejaría muy poco espacio para que el desarrollo de la actividad empresarial en estas áreas sea económicamente atractivo. Dicho de otra forma: mientras menor sea la presencia estatal de servicios sociales o menor sea su calidad (salud, educación, pensiones, agua), mayor espacio para el negocio, para el despliegue de la actividad privado y el lucro… y esto solo puede ser cambiado con una nueva Constitución. Una elaborada con la más amplia participación ciudadana posible, de modo tal que aquellas concepciones que han sido asumidas como naturales en los últimos treinta o cuarenta años, puedan ser revisadas, democráticamente, a la luz de las necesidades políticas y sociales que presenta el país en la actualidad.

Los derechos –tanto el catálogo como el contenido de los propios derechos– se estructuran a partir de procesos deliberativos y comunicativos que caracterizan la participación política en una

sociedad compleja y plural. En tanto institutos, no obedecen a realidades metafísicas anteriores a los procesos políticos, sino que es a través de estos procesos que las personas, en momentos históricamente determinados y condicionados por su propia materialidad, deciden qué protege un derecho. Son finalmente los procesos políticos los que determinan cuáles son los espacios vitales que cada comunidad configurará e identificará como fundamentales para la realización de la dignidad de la persona humana; no son conceptos inmateriales que obedezcan a preconcepciones predeterminadas. Los derechos responden a la decisión de garantizar determinadas condiciones de vida, de proteger determinados espacios vitales de modo tal que sea posible contar con las condiciones para la más plena realización de la persona y de sus proyectos de vida, en condiciones de libertad e igualdad.

El contenido del conflicto social

Violencia y representación; por qué estamos en la calle

Desde el 18 de octubre de 2019 en adelante se ha masificado, prácticamente a lo largo de todo el país, una determinada forma de movilización social a través de la cual la ciudadanía busca participar en la deliberación de los asuntos públicos más importantes, especialmente de aquellos que le afectan directamente. Esta forma de participación, de levantar un discurso político de manera colectiva y en espacios públicos, ha estado marcada por una protesta social extendida, acompañada de nuevas formas de organización política en la sociedad (como cabildos y asambleas) y, por cierto, de una represión estatal masiva como respuesta, principalmente a través de organismos policiales, aunque también militares. Estos elementos configuran una determinada forma de relaciones entre el Estado y la sociedad, que se encuentra mediada por el Derecho en diversas dimensiones: reconociendo los derechos de las personas, identificando los límites legales a la actuación del Estado, estableciendo las condiciones para que esas demandas sociales lleguen hasta la institucionalidad, entre otras.

Esta mediación del Derecho entre el Estado y la sociedad es uno de los puntos de mayor tensión en este llamado estallido social, especialmente dado el carácter constituyente que adquirió a los pocos días de haber comenzado. Se trata, además, de una tensión que ha sido alimentada en las últimas décadas por la persistente ilegitimidad de la Constitución de 1980, tanto por su origen en dictadura, como por la serie de dispositivos que hacen prácticamente imposible la implementación de un proyecto político alternativo. A estas ilegitimidades, que han estado presentes en las últimas décadas, se suma una, particularmente sensible en tanto factor de

acumulación del malestar social: la configuración de una sociedad desde la mercantilización de los derechos, desde la mercantilización de la vida.

Este elemento es clave para entender la creciente distancia en esa suerte de relación entre Estado y sociedad, donde la democracia representativa no ha sido suficiente para garantizar que aquello que debe ser representado –la sociedad– alcance a llegar hasta el espacio de representación institucional –el Estado. Básicamente, el funcionamiento de las instituciones representativas nos ha dejado afuera, ha dejado de representarnos. Como consecuencia de ello, el Derecho –esa forma de mediación institucional entre el Estado y la sociedad, a través de la cual se expresan los órganos públicos para representar la voluntad de la soberanía popular– hoy es percibido como un instrumento que ya no protege el interés general, sino que se encuentra al servicio de ciertos intereses particulares, lo que ha contribuido de manera muy importante a la deslegitimación de las instituciones representativas.

La crisis de la democracia chilena (aunque se trata de un fenómeno mucho más extendido) no es, por tanto, una crisis de confianza; es una crisis en la representación política, es decir, en la virtual imposibilidad de los actuales mecanismos institucionales de garantizar que las voluntades políticas que surgen de los espacios de la soberanía popular logren incidir en el contenido de las decisiones que se toman en el lugar, teóricamente, destinado para su representación. Esto sucede por la concurrencia de diversos factores: corrupción, por cierto; dificultades propias de la organización política, también. Pero en este apartado quisiera hacer hincapié en un factor que ha estado algo postergado y cuya consideración puede ser fundamental para el éxito del proceso constituyente actualmente en curso: la pretensión de reducir la comprensión de la política solo a una de las dimensiones constitutivas de lo político –la representación– marginando casi por completo otras dos cuyo complemento es, a mi juicio, imprescindible: la participación y la autodeterminación. Para que una Constitución –así como todo el resto del Derecho– pueda ser legítima y, por tanto,

concebida como propia por la comunidad política en la cual se aplica, es fundamental establecer las condiciones que garanticen la promesa oculta tras el binomio de la democracia constitucional revisado previamente: el autogobierno del pueblo. Si un pueblo siente que el Derecho que se le aplica no es *suyo*, en el sentido que no responde a sus necesidades e intereses o que no ha participado de su formulación, se debilita gravemente su autoridad y, con ello, la legitimidad y respeto a sus instituciones y el deber de obediencia que sostiene a todo ordenamiento jurídico.

Dado el momento constituyente por el que atraviesa el país (que tiene una dimensión destituyente importante), la presente es una consideración fundamental, pues el éxito del proceso depende de que la nueva Constitución sea legítima –es decir, reconocida por el pueblo como su propia norma fundamental– y, especialmente, de que se restablezca el reconocimiento y la legitimidad de las instituciones destinadas a representar las voluntades soberanas. La reflexión que sigue tiene ese objetivo: identificar los problemas que presenta el Derecho al mediar entre el Estado y la sociedad, en particular cuando el ejercicio de la soberanía asociada al poder constituyente del pueblo no se agota una vez redactada la nueva Constitución.

En el binomio democracia constitucional hay un invitado siempre incómodo, algo imprevisible y siempre acechando el orden de lo normal: el poder constituyente. En teoría, es la fuente última de la legitimidad de todo el ordenamiento jurídico y, por cierto, de la Constitución Política; sin embargo, su potencia transformadora puede ser vista como una amenaza para quienes administran las instituciones jurídicas a través de las cuales se produce y se ejerce el Derecho, puesto que siempre existe la posibilidad de que una nueva manifestación de ese poder constituyente dé por terminado el orden vigente y se articule para dar paso a uno nuevo (es, por cierto, lo que está ocurriendo en Chile en el ciclo político que se inicia en octubre de 2019). Como veremos a continuación, el orden vigente siempre se las arregla para protegerse a sí mismo, incluso contra la manifestación legítima de ese poder constituyente, al que intenta mantener, por todos los medios, al margen de la normalidad, al

margen del orden vigente. Como si el orden vigente buscara legitimarse a sí mismo, desconociendo que la fuente de su legitimidad radica fuera de sí mismo.

Este fenómeno puede ser señalado como una pretensión de autofundamentación racional del Derecho moderno y tiene un fuerte aliado en el contractualismo en tanto justificación teórica del Estado que, precisamente, busca domesticar ese momento constituyente en virtud del cual el hombre (*sic*) saldría de su estado de naturaleza. Para proteger su propia estabilidad –y quizá para legitimarse sin tener que reconocer la fuerza constituyente que se despliega al margen del orden normativo–, el orden vigente la oculta tras su pretensión de autofundamentación, alega su identidad con el Derecho y reclamando para sí el monopolio de la creación de normas y del uso legítimo de la fuerza.

Para consolidar dicha pretensión, se afirma que lo constituyente no forma parte de lo constituido sino que, en el mejor de los casos, sirve como fundamento político al ordenamiento vigente, pero desde fuera. Este argumento –destinado a proteger el *statu quo* de los embates políticos provenientes de las demandas sociales– intenta relativizar la importancia de lo político en la configuración del ordenamiento jurídico, especialmente cuando éste se verifica al margen de las formas jurídicas preestablecidas, como en el caso de la protesta social. Siguiendo la matriz contractualista, es concebido como algo previo y exterior al Derecho vigente garantizando, así, su autonomía.

Aquí se traba una relación compleja entre lo constituyente y lo constituido que determina la posición secundaria que ha sido asignada, paradójicamente, al poder constituyente durante la vigencia del orden normal. Desde esa paradoja, y tratando de aplicar las categorías de la lógica formal a las relaciones de poder político, se ha señalado que no puede haber poder constituyente sin algo constituido por éste. Es decir, que los órganos constituidos necesitarían del completo repliegue de lo constituyente para poder desplegar plenamente sus funciones, lo que no podría ocurrir si todas las posibilidades de acción quedan abiertas al soberano. Nótese que

esto significa neutralizar una de las dimensiones más importantes de ejercicio del poder soberano y relegar sus formas de acción política, exclusivamente, a la representación. Según esta concepción política del poder constituyente, el origen de lo jurídico estaría, efectivamente, en esa decisión soberana, pero lo constituyente queda relegado a una posición externa al Derecho, entendido desde el orden jurídico constituido, pero no desde lo político.

A la luz de esta concepción, lo constituyente puede ser catalogado como tal si, en una perspectiva retrospectiva desde lo constituido, es reconocido como constituyente. Desde una perspectiva formal, decíamos, puede ser una propuesta correcta; pero desde una perspectiva política, genera algunos efectos que podrían neutralizar la potencia transformadora del poder (político organizado del pueblo) constituyente. Así, se verifica una contradicción que evidencia las limitaciones propias del Derecho (del paradigma jurídico moderno) para procesar lo político, que concibe la soberanía en clave antropomórfica, es decir, como si detrás de la soberanía existiera un cuerpo social homogéneo capaz de expresar una voluntad unitaria (de hecho, la definición de Ley del artículo 1º del Código Civil chileno responde a esta concepción).

Entre estas limitaciones se encuentran, por cierto, parte de las razones de la crisis de representación de la democracia chilena (aunque sabemos que se trata de un fenómeno que traspasa nuestras fronteras): cuando se concibe que el cuerpo social es capaz de manifestar una sola voluntad política, su representación es algo relativamente sencillo de realizar; sin embargo, la complejidad y diversidad de las sociedades contemporáneas dificulta la representación política, especialmente teniendo en cuenta que sus mecanismos fueron pensados cuando la sociedad era dominada por un solo sujeto político, socioculturalmente homogéneo: un hombre, propietario, blanco, heterosexual. La diversidad política y cultural de la sociedad chilena contemporánea desafía las clásicas formas de representación, demandando nuevos espacios de participación y el respeto del derecho a la autodeterminación de los pueblos,

precisamente porque ya no hay una voluntad soberana unitaria que representar.

Sin perjuicio de la corrección lógica en exigir el repliegue del poder constituyente, creo que es necesario considerar dos elementos que, combinados, podrían darnos luces acerca de la posición en la que queda el constituyente una vez que se verifica el acto político de ruptura respecto del orden anterior. Por una parte, distinguir las dos dimensiones de aquello que constituye: política y jurídica; por la otra, precisar qué grado de repliegue se requiere por parte del constituyente para que, efectivamente, cada una de estas dimensiones se pueda constituir. En definitiva, se trata de precisar qué es aquello que constituye, para luego identificar con precisión qué requiere, necesariamente, de su repliegue para perfeccionar dicha constitución.

A partir de esta distinción, podemos afirmar que la constitución de la comunidad política requiere de un tipo de repliegue de la fuerza constituyente distinto al que requiere el ordenamiento jurídico, precisamente porque detrás de dicho acto constituyente hay un deseo de afirmación existencial del pueblo que no desaparece después de su manifestación. Esta distinción me parece fundamental: si jurídicamente todas las opciones siguen disponibles para el soberano, ciertamente no habrá un ordenamiento jurídico que limite al ejercicio del poder, por lo cual su repliegue se verifica en el campo de lo jurídico-formal, es decir, queda sometido a reglas jurídicas formales (este es uno de los argumentos que se pueden esgrimir en contra de un órgano constituyente que reclame para sí el ejercicio, simultáneamente, de los poderes constituidos).

Sin embargo, el soberano siempre tiene la posibilidad de actuar políticamente, es decir, sin consideración a las reglas jurídicas vigentes, especialmente si es para cambiar la Constitución. Desde esta dimensión, es irrelevante si jurídicamente todas las opciones siguen disponibles para el soberano o no: simplemente porque no hay forma de que una restricción jurídica sea capaz de excluir dichas opciones y dejarlas fuera de la órbita de decisión política del

constituyente, precisamente porque su deseo de afirmación existencial no cesa con aquella manifestación originaria del acto constituyente. Así, este segundo tipo de repliegue supone aceptar que la voluntad constituyente subsiste por encima del Derecho vigente, dando paso a una suerte de coexistencia que se justifica no solo por la eventualidad de un nuevo momento constituyente, sino por la posibilidad (o, incluso, el derecho) de reivindicar, permanentemente, el poder para configurar nuevas relaciones de poder, actualizando las formas de existencia de la comunidad política.

En definitiva, no puede exigirse un repliegue total para la Constitución de la comunidad política, precisamente porque el momento constituyente es la máxima reivindicación de una comunidad que demanda nuevas formas de existencia política, distintas de aquellas que contienen las formas jurídicas vigentes. Por lo demás, ese nuevo orden se legitimará, precisamente, a partir de la participación democrática del pueblo, por lo que su pleno repliegue no permitiría constituir efectivamente a la comunidad, pues sus futuras manifestaciones contribuirán a ese proceso permanente de construcción de la comunidad política. Este es, precisamente, el principal efecto que ha tenido el proceso constituyente que se inicia con las movilizaciones sociales de octubre de 2019: muchas comunidades locales, barriales, han comenzado a organizarse políticamente para discutir no solo sobre la Constitución, sino también acerca de sus propias formas de vida. Estas experiencias políticas tienen una potencia constituyente que trasciende a la redacción de una nueva Constitución, pues bien podrían dar paso a nuevas prácticas sociales de poder político que se proyecten en el tiempo. En este sentido, la idea que *Chile cambió* cobra una potencia muy significativa.

Como sea, uno de los principales aprendizajes de este proceso ha sido reforzar una idea fundante: una comprensión política del poder constituyente debe ser formulada desde el presente, recuperando aquellos contenidos propios del contexto histórico en el que el término fue acuñado y que sirven para pensar cómo transformar la

actual organización jurídica e institucional del poder. En tanto categoría de la teoría política, debe servir para habilitar y justificar el ejercicio del poder de quienes buscan dotarse a sí mismos de las formas para la existencia de una comunidad política soberana, libre de dominación externa. Y parece ser que la única forma de conseguir aquello es abandonando la idea de que lo constituyente se reduce a un momento fundacional, siempre pasado, para comprender cómo es que ese acto de afirmación existencial del pueblo pervive junto con las normas que regulan su existencia política, dejando de lado aquella concepción lineal de la relación constituyente/constituido.

En ese entendido, habría que decir que las paradojas que caracterizarían al poder constituyente solo son tales si se asume que la soberanía reclamada por el pueblo es unitaria e indivisible y que existe una relación lineal entre poder constituyente y poder constituido, donde es éste último lo que permite identificar a lo constituyente como tal y no al revés, dejándolo, de esta manera, fuera del sistema jurídico. Aquí se aloja un espacio de resistencia que se niega a ser clasificado por todo orden vigente: la ruptura que se manifiesta en todo *momento* constituyente, la que también puede ser reclamada y ejercida con posterioridad, dentro del marco constituido, cuando (parte de) el pueblo se levanta contra la configuración de determinadas relaciones de poder, reivindicando nuevas formas de existencia política a través de diversas formas de movilización social, tales como la huelga y la protesta.

Lamentablemente para la necesidad de legitimación de todo ordenamiento jurídico, el Derecho tiende a desplegar una fuerza destinada a contener a través de la sanción penal este tipo de manifestaciones políticas pues, en tanto actos de afirmación existencial de una comunidad que quiere vivir bajo reglas diferentes, suponen una subversión del orden vigente y una alteración de las relaciones de poder que éste protege. Así, tal como lo hemos visto a lo largo del llamado estallido social, el orden vigente recurre al aparato de represión estatal para criminalizar y reprimir estas manifestaciones, es decir, para contener la potencia transformadora ínsita en un acto político de afirmación existencial que había sido

calificado, retrospectivamente y sólo respecto de hechos del pasado, como constituyente. Por eso se trata de una paradoja aparente, pues emana de una concepción *constitucionalizada* del poder constituyente: aunque hay una dificultad para procesar lo político/constituyente en el marco del derecho constituido, élla no responde a las limitaciones de la teoría constitucional para comprender esa ruptura fundacional, sino a cómo el poder constituyente ha sido desarticulado y neutralizado a través de distintos dispositivos teóricos, performando su contenido en clave jurídica antes que política.

Así, la paradoja se configura, derechamente, como una contradicción entre poder constituyente y ordenamiento jurídico, pero también entre el ejercicio del poder constituyente y la tríada constitucionalismo, representación, soberanía. Es decir, se trata de una contradicción que emana de las propias bases teóricas de la democracia constitucional, cuyo aparato teórico ha hecho con el poder constituyente lo que el derecho constitucional hace con el ejercicio del poder político: lo limita. Al hacerlo, intenta neutralizar toda forma de *praxis* social que busque reivindicar o construir una nueva forma de existencia política para el pueblo, con el fin de proteger la actualmente vigente. Es uno de los factores que explica por qué la clase política reacciona frente a los actos políticos de protesta social calificándolos como *anti*jurídicos, no porque sean ilegales propiamente tal, sino porque desde ellos se levanta una crítica más o menos profunda a la normalidad, desde fuera de las normas que protegen dicha normalidad y que la clase política administra, casi siempre, en su propio beneficio.

Desde el constitucionalismo no es fácil dimensionar qué implica concebir al poder constituyente en clave existencial. Si una constitución (entendida como la forma de existencia política de un pueblo y no solo como las normas constitucionales que la llevan a la práctica) se apoya en una decisión política de una comunidad política determinada, entonces es necesario procesar qué significa que la voluntad surja desde ahí. De alguna manera, esa voluntad sigue existiendo al lado, incluso por encima de la Constitución. El sujeto del

poder constituyente tiene sentido en el contexto de una cierta existencia política, la que no se agota en el momento constituyente. Pervive en lo constituido y coexiste con él. Y si bien sus actuaciones jurídicas deberán seguir ciertos criterios de validez, sus actuaciones políticas, aquellas a través de las cuales la comunidad política reafirma su existencia en tanto sujeto político, se verifican en planos extrajurídicos. La acción política es contingente y sus formas son impredecibles; procesarla constitucionalmente significa, en el fondo, neutralizarla. En consecuencia, el fundamento político del orden vigente, de la Constitución vigente, no puede estar en el pasado constituyente, sino en un presente que también reivindica para sí esa misma dimensión constituyente. Aquí se juega parte importante de la disputa constituyente del actual presente político en Chile, que busca sustituir la Constitución redactada en dictadura, parcialmente reformada.

Esta existencia política de la voluntad constituyente, que se manifiesta en el momento de ruptura respecto del orden anterior, es clave para la legitimidad del orden vigente; dejarlo fuera del sistema jurídico puede erosionar las bases de la convivencia política, precisamente porque en esa voluntad se sostiene la forma de su existencia política. Parece necesario recuperar la dimensión antagonista de lo constituyente, sin olvidar el carácter estructural de una reivindicación por una nueva ordenación de las fuerzas políticas. En ese sentido, parece razonable que cierto constitucionalismo –y, con él, cierta clase política– tenga dificultades para procesar adecuadamente lo constituyente, pues son las mismas dificultades que tiene para procesar el pluralismo político, uno de los rasgos más característicos del sistema político chileno desde la aprobación de la Constitución de 1980. En el fondo, no se trata solo de una teoría de lo constitucional, sino de una forma de comprender la política que está concebida para limitar al poder, no para habilitar su ejercicio.

La demanda constituyente es un tipo de demanda social que desborda los márgenes ordinarios de la discusión política, precisamente porque cuestiona su legitimidad de una forma radicalmente estructural. Se trata de una demanda propiamente

política, por una reestructuración de las relaciones de poder en la que nos encontramos inmersos (a partir de las cuales, por ejemplo, ejercemos nuestros derechos fundamentales como salud, educación, trabajo), la que no se agota en el acto constituyente mismo ni desaparece con la vigencia normal del ordenamiento jurídico; por el contrario, siempre se las arregla para desbordar las formas jurídicas que buscan neutralizarla. De alguna manera, el momento/proceso constituyente que parece vivir Chile desde –al menos– 2011 es un intento por fortalecer la discusión pública relativa a la legitimidad de la Constitución vigente y empujarla hacia la elaboración democrática de una nueva Constitución (especialmente en lo relativo a aquellas formas de existencia política de la comunidad, atravesadas por los derechos sociales), que el *establishment* político y económico intenta encauzar hacia las formas jurídicas impuestas en 1980.

Lo que se está verificando en Chile sería una manifestación política de esa actividad humana y social propiamente transformadora, que busca los canales necesarios para articularse políticamente e impactar en la institucionalidad vigente. Un conjunto de prácticas de resistencia que, articuladas a partir de los distintos movimientos sociales que confluyeron en un ideario común a partir del 18 de octubre de 2019, reivindica lo político como espacio de innovación, de resignificación de las relaciones de poder existentes. Un movimiento real que reivindica una existencia política presente, constituyente, manifestación de una facultad propia del género humano, la de construir su propio ordenamiento político.

La protesta social como forma de disputa por el orden vigente

Construir un orden propio, una forma de convivencia política que un pueblo pueda reconocer como propia, es un derecho que asiste a toda comunidad política, a todo pueblo, y que es formulado por las normas internacionales como el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Un derecho que se reconoce, por ejemplo, a los pueblos originarios, que reivindican su derecho a organizarse autónomamente, contando con el respeto y reconocimiento del resto de los pueblos que habitan este territorio, en especial la población mestiza. Pero esa población mestiza también es un pueblo titular de ese derecho a la autodeterminación, que hoy se ejerce a través de esta demanda constituyente, una demanda por nuevas formas de organización política.

Se trata, sin embargo, de una demanda compleja, pues no contiene solo una dimensión que busca dar paso a un orden político y social determinado, sino también otra que pretende terminar o superar el orden actualmente vigente. Es la distinción entre la dimensión constituyente del actual proceso político y su faz destituyente, que no busca destituir a determinados representantes o funcionarios públicos de sus cargos (al menos no exclusivamente), sino que busca destituir una determinada forma de organización de la vida. Es en este sentido que el llamado estallido social pude ser calificado como una rebelión popular, donde diversos movimientos sociales con distintos niveles de organización a lo largo de todo el país se juntaron para demandar *una vida que valga la pena vivir*, o bien, como dice otra de las pancartas que han acompañado al estallido social desde octubre, *hasta que la dignidad se haga costumbre*. Se trata de una protesta social que no puede ser entendida como la simple

agregación de voluntades políticas individuales; se trata de una acción colectiva sin patrones regulares de comportamiento y sin líderes individuales, que llevan adelante distintas formas de intervención pública con el fin de asentar una demanda más o menos transversal de nueva Constitución.

Hay una dimensión destituyente en esas formas de acción política que surgen desde las prácticas de un pueblo políticamente organizado, una que busca terminar con determinada forma de organización de la vida y promover, ahora en clave constituyente y a través de un ejercicio democrático y colaborativo, una forma diferente. El eje de esa discusión es, por cierto, la Constitución y su modelo neoliberal, plasmado en el Estado subsidiario, en la mercantilización de los derechos sociales y en sus modos de acumulación y concentración del poder. Se trata de una racionalidad que va mucho más allá de la colonización de las distintas esferas de la vida en sociedad por la competencia, el lucro y la privatización. Este neoliberalismo a la chilena, aquel que comenzó, de golpe, con un repliegue progresivo de la actividad estatal, con la privatización de los servicios sociales y de las empresas públicas, con la liberalización irracional y descontrolada de los mercados y las fronteras, generó una forma de convivencia social marcada por el abuso de poder. Donde debió desplegarse la libre competencia, hoy vemos colusión entre las grandes empresas. Donde debimos tener mayores opciones para la libre elección en el consumo, la economía es manejada por verdaderos carteles que concentran, incluso verticalmente, la propiedad de grandes empresas. Donde se prometió mayor eficiencia en la asignación de los recursos públicos para las prestaciones de nuestros derechos sociales, hoy tenemos servicios públicos marcados por la precariedad. Esa forma de existencia política y social no es natural ni espontánea; es política. Fue pensada desde el diseño de la propia Constitución y hoy es objeto de una fuerte revisión por parte del pueblo, que busca la forma de cerrar un ciclo marcado por el abuso y abrir uno nuevo, diferente.

En este sentido, el momento constituyente busca romper con un orden social determinado, en una serie de dimensiones que pueden verificarse simultáneamente: jurídica, desde luego, pero también económica, social e, incluso, cultural. Esta es la principal característica del ciclo político que se inicia en octubre de 2019. En consecuencia, si estamos en presencia de un momento propiamente constituyente, éste podría dar paso no solo a un nuevo orden jurídico, sino también a uno político; en otras palabras, un momento constituyente exitoso constituye, principalmente, a la comunidad política y no solo a sus formas jurídicas externas. Las sociedades modernas surgen al alero del sometimiento del Derecho a la razón y con el reconocimiento de un catálogo de derechos garantizados, formalmente, como derechos de titularidad universal. Su configuración puede comprenderse desde una doble dimensión: el momento constituyente da paso a un ordenamiento jurídico que la sociedad reconoce como propio y que, además, le da sentido e identidad a la propia comunidad. En consideración a lo anterior, tiene sentido que en lugar de replegarse completamente, algo de esa fuerza constituyente se conserve junto con las propias formas que ha constituido y que, por lo demás, legitima permanentemente.

Sin embargo, hemos visto cómo el orden vigente se resiste a morir y se defiende con todas las armas que le provee su ordenamiento jurídico y constitucional para la protección de esa normalidad, incluso a través de la represión policial. Nuevamente, la paradoja de un orden que se vuelve en contra de quien lo legitima. Este es un problema que va más allá de las dificultades que tiene un sector privilegiado de la sociedad para aceptar la razonabilidad de las demandas sociales por mayor justicia y equidad. Se trata de un problema que atraviesa al propio modelo de regulación jurídica de nuestra convivencia.

Decíamos, previamente, que el Derecho no está dispuesto a convivir con una fuerza constituyente que no se retira completamente, para lo cual la somete a formas jurídicas que contienen y recubren al poder constituyente, desnaturalizándolo. Esas mismas formas jurídicas terminarán, eventualmente, naturalizadas y serán

presentadas como intangibles. Ante la posibilidad permanente de una manifestación del constituyente no institucionalizado, el Derecho se defiende oponiéndole un ordenamiento jurídico que solo reconoce la legitimidad del momento constituyente que se ha verificado en el pasado, pero no si éste se levanta en su contra. La naturalización de sus contenidos y el ocultamiento de las condiciones de su origen histórico, así como la minusvaloración de la voluntad constituyente del pueblo soberano, generan un ordenamiento jurídico que pretende legitimarse a través de las leyes que ese mismo ordenamiento produce: legitimidad por vía de legalidad; aquí se manifiesta la violencia del Derecho, que se vuelve contra su propia fuente de legitimidad, el pueblo, para contener su potencia transformadora.

Ambos factores son complementados con una tercera estrategia de defensa: condenar como ilegítima cualquier manifestación seria de un constituyente no institucionalizado que, al cuestionar el ordenamiento jurídico vigente, amenace su continuidad (por ejemplo, criminalizando la protesta social). Sin embargo, al desconocer su fuente externa de legitimidad y relegar las manifestaciones de lo constituyente fuera de sus propios confines, el Derecho genera las condiciones para su propia deslegitimación: un orden que se legitima a sí mismo carece de las herramientas suficientes para defenderse cuando es cuestionado por quien reivindica, desde su condición de soberano, nuevas formas de existencia política. De esta manera, el pueblo puede desconocer determinado orden como propio y reemplazarlo por otro, sustituyendo al anterior: se constituye un ordenamiento reconocido como propio por una comunidad que, a la vez, ha sido también constituida.

Antes y después del quiebre constituyente, lo que podríamos llamar *orden* y *desorden* (en tanto órdenes alternativos) forman parte del Estado y son abrazados por el Derecho, simultáneamente. El momento constituyente supone el triunfo del orden alternativo respecto del orden anterior, en un momento histórico determinado, dando paso a uno nuevo. Este quiebre se verifica, en definitiva, por la imposibilidad del orden vigente de satisfacer suficientemente las demandas representadas por los distintos movimientos sociales. Por

ello, el nuevo orden que surge del quiebre constituyente debe ser capaz de canalizar la coexistencia, la convivencia junto al desorden legitimador, a riesgo de desaparecer en un nuevo e inevitable quiebre constituyente, en el cual la crítica contra la legitimidad del orden vigente presionará inevitablemente por un orden nuevo que, ahora sí, sea capaz de garantizar la debida coexistencia.

La pervivencia de ese poder constituyente se verifica, por ejemplo, en el surgimiento de nuevos sujetos políticos durante los siglos xix y xx, cuyas reivindicaciones han presionado políticamente sobre el paradigma jurídico moderno, forzándolo a reconocer nuevos derechos y a establecer/reconocer nuevas estructuras para las relaciones de poder. Sin embargo, su negación por parte del orden establecido había logrado neutralizar estas nuevas pretensiones y contener su potencia transformadora, postergando su efectiva protección… hasta los acontecimientos de octubre.

Aquí el orden instituido despliega, a través del Derecho, toda su violencia, aquella forma mítica de una violencia que, desde el golpe de Estado, funda y acompaña a la Constitución en todo su despliegue: violencia fundadora y conservadora, desde su instauración arbitraria hasta su mantención. Así, hemos visto cómo el Derecho es utilizado para ejercer una violencia conservadora contra toda manifestación de una fuerza particular que sostenga un discurso reivindicativo que lo cuestione. La mera existencia de una forma sutil de violencia ajena al Derecho pone en riesgo su propia subsistencia, razón por la cual recurre incluso a la suspensión de su propia legalidad (estado de excepción) para protegerse. Se trata de un acto de defensa nuevamente violento, que deriva en una violencia que se ejerce sobre su propia fuente de legitimidad.

Hemos visto cómo se despliega esa forma de violencia estatal de distintas formas, las que van cambiando según el tipo de acto contra el cual se reaccione. En efecto, no todas las protestas son iguales para la institucionalidad vigente; no todas las plazas son copadas preventivamente con fuerzas policiales. Aquí se teje una diferencia fundamental entre las protestas que usan el espacio público para

levantar una voz en contra del orden vigente, de aquellas que lo hacen para defenderlo, dando paso a diferentes formas de reacción por parte del Estado, que van desde la represión hasta la tolerancia. Contra las primeras formas de manifestación, aquellas críticas y reivindicativas, el aparato estatal afirma operar en defensa del orden público cuando, en realidad, actúa en defensa del orden económico y social. Por eso no todas las movilizaciones sociales reciben el mismo trato de parte de la institucionalidad, ya que no todas ellas requieren ser disciplinadas para imponer un respeto acrítico y dócil frente al orden vigente. Dicha diferencia permite explicar por qué, para el Estado, ciertos cuerpos importan más que otros; por qué, incluso, ciertas vidas importan más que otras. Esas técnicas de disciplinamiento social son una manifestación más del tipo de sociedad en la que vivimos: una basada en privilegios y no en derechos.

Emergencia, estado de excepción constitucional

Dentro de esas formas de disciplinamiento social a las cuales recurre el Estado para proteger la pervivencia del orden jurídico y social vigente, la más dura es, sin duda, la declaración de estado de excepción constitucional. Se trata de una herramienta presente en gran parte de las constituciones del mundo, que tiene por finalidad dotar de atribuciones especiales a la autoridad política para hacer frente a situaciones excepcionales, hechos que pongan en serio peligro el orden jurídico vigente o que supongan una amenaza inminente para la garantía de los derechos de las personas. Se trata, en definitiva, de mecanismos pensados para mejorar las condiciones institucionales a través de las cuales se protegen los derechos, cuando éstas se ven amenazadas ante la ocurrencia de circunstancias extraordinarias.

La Constitución chilena vigente regula distintos tipos de estados de excepción constitucional, entregando diversas facultades extraordinarias al Presidente de la República para hacer frente a situaciones particularmente complejas. Entre estas facultades, destaca la posibilidad de restringir o suspender el ejercicio de ciertos derechos fundamentales con el fin, aunque parezca algo contradictorio, de mejorar las condiciones que permiten garantizar su ejercicio. Estos distintos tipos de estados de excepción gradúan, de mayor a menor, la intensidad de dichas restricciones a los derechos conforme a la gravedad de los hechos extraordinarios que motivan su declaración. Así, ante una guerra externa (el supuesto más grave), la Constitución autoriza al Presidente para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo, mientras que en caso de grave alteración del orden público (el

supuesto menos grave), la Constitución autoriza al Presidente solo para restringir las libertades de locomoción y de reunión. Es decir, mientras *más graves* sean las circunstancias que afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, mayores atribuciones tiene el Presidente para limitar el ejercicio de ciertos derechos para proteger esa normalidad institucional. Asimismo, mientras más grave sea la situación, mayores atribuciones de control tendrá al Congreso Nacional sobre el Presidente.

Se trata de un instituto que ha sido utilizado en diversas oportunidades desde 1990, siempre en la forma del así llamado estado de catástrofe, un estado de excepción constitucional que se invoca para hacer frente a un caso de calamidad pública, como ha sido el caso de terremotos, incendios, aluviones o erupciones volcánicas en las últimas décadas. Estando en democracia, nunca se había invocado el estado de excepción constitucional por razones políticas.

Nunca, hasta el 19 de octubre de 2019.

La declaración de estado de emergencia por parte del Gobierno, como una forma de enfrentar las protestas sociales de octubre de 2019, supone un quiebre histórico muy significativo, pues evidencia a cuánto está dispuesta a llegar la institucionalidad vigente para defender el orden económico y social vigente cuando es resistido por el pueblo. Aunque días después la masividad de las protestas sociales obligó a esa institucionalidad a reconocer la legitimidad de las demandas sociales, la primera reacción fue a evitar por todos los medios que ese discurso reivindicativo se consolidara en la comunidad política. Desde un primer momento, los movimientos espontáneos se dirigieron en contra de los abusos de poder, en contra de la precarización de la vida, en contra de las constantes alzas en los servicios públicos y sociales. Se trata de una reacción que rechaza determinada forma de vida y que busca, por los medios que tiene a su alcance, llamar la atención de la clase política en orden a generar un cambio significativo. Habían sido semanas –

incluso años– marcadas por declaraciones muy desafortunadas por parte de personeros de Gobierno; burlonas, incluso. Fueron esas declaraciones las que contribuyeron a hacer más que evidente que estábamos viviendo bajo formas políticas que no nos permitían una vida digna, libre, justa. Las movilizaciones sociales de octubre de 2019 se levantan en contra de esas formas de vida precarizadas.

Y la primera respuesta por parte del aparato estatal, sin embargo, fue a través de la declaración del estado de excepción constitucional, una verdadera emergencia social que nos llevó de vuelta a las prácticas políticas anteriores a 1990. De hecho, se trata de una reacción institucional muy característica del ciclo político que se abre en octubre, pues la dimensión constituyente de la movilización social, aquella que se dirige contra lo que queda del proyecto constitucional de la dictadura, obtiene como respuesta las mismas formas de acción estatal que permitieron, en 1980, promulgar la Constitución actualmente impugnada. En otras palabras, el orden constitucional solo puede ser protegido recurriendo a las mismas lógicas a través de las cuales se impuso hace cuarenta años. Esto dice mucho acerca del valor que tiene este orden para quienes lo viven desde una posición de privilegio; al mismo tiempo, evidencia la profundidad de la demanda social constituyente, de la demanda por un nuevo orden político y social.

En su momento formulé duras críticas de legalidad y de constitucionalidad en contra de la declaración del estado de emergencia y, especialmente, de las atribuciones desplegadas por las autoridades militares a lo largo del territorio

En dos presentaciones realizadas ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de la República, estando todavía vigente el estado de excepción decretado días antes, identifiqué que había una práctica administrativa que venía de anteriores declaraciones de estado de excepción, asociadas a escenarios de catástrofes naturales en gobierno anteriores. Con base en ello, analicé las atribuciones del Presidente de la República y de los jefes de zona militar durante un estado de emergencia, cómo

se conectan estas atribuciones entre sí y, especialmente, dentro de qué límites legales y constitucionales se ejercen, considerando que durante todo estado de excepción sigue en vigencia el Estado de Derecho. El hecho es que se trata de atribuciones diferentes, de rango constitucional las del Presidente, de rango simplemente legal las de los jefes de zona militar, por lo que la única posibilidad para que los jefes de zona ejercieran las atribuciones presidenciales de excepción era a través de un acto jurídico formal que las delegara expresamente, justificando la delegación en los hechos que hacen necesaria la excepción, cuestión que no ocurrió.

Estas atribuciones excepcionales que la Constitución entrega al Presidente lo autorizan, ni más ni menos, a restringir al ejercicio de los derechos. Dentro de esas restricciones, la declaración de toque de queda fue una cuestión especialmente polémica, no solo porque nos llevaba de vuelta a las prácticas estatales propias de la dictadura, sino porque semejante restricción al ejercicio de la libertad de locomoción solo podría ser decretada por el Presidente directamente; para que los jefes de la defensa pudieran decretar el toque de queda, deberían contar con la delegación expresa del Presidente, según ordena la Ley. Y no hubo tal delegación.

Sin perjuicio de la polémica que generó mi informe –cuyas conclusiones han sido refutadas políticamente, pero sin argumentos jurídicos de fondo– quedó en evidencia que el Estado había desplegado un uso desproporcionado de la fuerza militar, con fines políticos y sin respetar las formas jurídicas que regulan estas situaciones de excepción. De aquella desafortunada decisión de octubre de 2019 derivaron violaciones masivas a los derechos humanos (cuestión acreditada por diversos informes nacionales e internacionales y que no terminó junto con el estado de excepción), lo que trajo como consecuencia la acusación constitucional contra el ministro del Interior y su inhabilidad para desempañar cargos públicos por cinco años.

A mi juicio, esta forma de reacción política desde la excepcionalidad constitucional puede ser interpretada como un reflejo

de la lógica de exclusión política y social que caracteriza a la Constitución vigente. Así como hay diferencias estructurales en la forma en que se ejercen los derechos fundamentales según la capacidad de pago de cada cual, así como hay cuerpos que importan menos que otros y pueden ser reprimidos con más fuerza por parte del Estado, así como hay discursos políticos que importan menos que otros que logran ser escuchados en los espacios de poder, así mismo hay todo un entramado institucional diseñado para evitar que ciertos sectores sociales puedan organizarse para bregar por cambios estructurales.

El sistema se protege con fuerza contra los embates que demandan mayores condiciones de justicia, libertad y equidad, que levantan la voz por una nueva estructura de relaciones de poder. De esta forma, a través del estado de excepción se intentó evitar que la correlación de fuerzas políticas que surgen de los actos de protesta lograran articular el poder suficiente para conseguir esos objetivos comunes, compartidos, que se estaban levantando desde la calle. El más importante de esos objetivos comunes, que los engloba a todos aunque, sin superarlos por completo, es la demanda por una nueva Constitución, que abre las posibilidades para los cambios sociales posteriores. En la pretensión de contener esta articulación política, la estrategia del estado de excepción fracasó.

El baile de los que sobran: la participación es la clave del proceso constituyente

Toda esta demanda social, todas estas formas de articulación política que hemos visto en distintos sectores de la comunidad se explican, en pocas palabras, porque la Constitución vigente es evidentemente ilegítima; pero a estas alturas, la pregunta clave es por qué; cuál es el fundamento de su ilegitimidad que permite explicar el estado actual de las cosas en Chile y el eventual cambio de ciclo político que se abre en octubre de 2019. A mi juicio, la discusión no se resuelve argumentando solamente desde una eventual legitimación de ejercicio luego de estos largos años. El dilema central es por qué, a pesar de ese ejercicio de las últimas décadas, la ilegitimidad sigue siendo un tema vigente y relevante; de alguna manera, el fracaso de la reforma constitucional de 2005 también demuestra que la ilegitimidad de origen de la Carta no permite explicar todas las aristas de su ilegitimidad. Si el asunto mantiene su vigencia, se debe a que algo esconde la ilegitimidad de la Constitución: un pueblo que, finalmente, no la reconoce como propia, que no se reconoce en esta forma de convivencia social. Creo que solo formulando adecuadamente el problema podremos identificar una solución satisfactoria. Si su origen ilegítimo en dictadura no fue suficiente para remecer las estanterías de la Constitución vigente, así como tampoco los llamados enclaves autoritarios o trampas constitucionales. El embate final contra la Constitución de 1980 surge de las movilizaciones sociales que comienzan en octubre de 2019; es a la luz de esa manifestación de malestar ciudadano que las estanterías de la Constitución finalmente ceden y la institucionalidad se abre a un reemplazo integral. Entender estas diferencias parece

fundamental para avanzar hacia nuevas formas de convivencia democrática, que contribuyan efectivamente a solucionar los problemas que aquejan a la actual.

La Constitución del ’80 cumple un objetivo ajeno al que se espera que cumplan este tipo de instrumentos jurídico-político en el contexto del constitucionalismo occidental, esa forma de organizar el ejercicio del poder que viene evolucionando hace casi trescientos años. Resulta especialmente ajena al estadio actual de desarrollo de ese constitucionalismo, luego del reconocimiento del principio democrático como una de sus bases fundamentales. En un contexto de Guerra Fría, donde el mundo parecía debatirse entre dos modelos de sociedad radicalmente diferentes, la Constitución del ’80 se salió del cauce que caracterizaba al constitucionalismo chileno y del que formaba parte del Carta de 1925: dejó de ser una guía marco de navegación para la conducción del país y fue utilizada como un instrumento destinado a implementar un proyecto político particular, una determinada concepción de la sociedad. Luego, fue utilizada para la defensa de dicho proyecto, impidiendo la plena realización de otros que sí contaban con la necesaria legitimidad democrática. La Constitución se transformó, en definitiva, en un programa de Gobierno, que configuró al ciudadano en un consumidor, a la ciudadana en una consumidora. Un programa neoliberal, un Estado subsidiario.

Allí radica la fuente de su irremediable ilegitimidad: la Constitución del ’80 se erige en reemplazo de la política. Lo que hasta entonces era concebido como el estatuto jurídico que regulaba el ejercicio del poder y garantizaba un catálogo de derechos fundamentales, se convirtió en el programa de gobierno de un sector de la sociedad. Un programa que despliega su contenido a través de ciertas instituciones fundamentales para el orden actualmente vigente: una sobre protección del derecho de propiedad y de la libre iniciativa económica, un Estado mínimo y subsidiario, una profunda mercantilización en la garantía y protección de los derechos fundamentales, una creciente privatización de importantes sectores

de la economía (donde el ejemplo paradigmático son los recursos minerales y naturales), entre muchos otros.

Un programa de gobierno que, junto con desplegar su contenido, se protege de los futuros cambios sociales a través de una serie de instituciones que han impedido una adecuada deliberación democrática. Durante la década de 1990 fueron denominados enclaves autoritarios, también conocidos como instituciones *contra*mayoritarias (aunque la denominación *anti*mayoritarias refleja de mejor forma aquel espíritu autoritario que desconfía de la política y permite distinguirlas de otras instituciones que, en principio, no debieran presentar problemas para el constitucionalismo contemporáneo). Hoy las conocemos como las trampas de la Constitución: senadores designados (ya eliminados), Consejo de Seguridad Nacional (hoy reformado), el viejo sistema electoral binominal, las leyes orgánicas constitucionales, el Tribunal Constitucional, entre otros. Todos estos factores han impedido que los gobiernos elegidos democráticamente puedan llevar adelante sus programas de gobierno y, especialmente, avanzar en reformas sociales estructurales. La Constitución de 1980 ha sido un obstáculo prácticamente insalvable para modificar el sistema de salud, de educación o de pensiones, por mencionar algunos que han protagonizado el actual ciclo de demandas sociales.

Desde esta perspectiva, hay que decirlo, la Constitución del ’80 fue exitosa: ha logrado proteger los pilares fundamentales del modelo de sociedad impuesto desde 1973 que, salvo algunas reformas más o menos significativas, se han mantenido vigentes hasta hoy. Ello explica, entre otras cosas, la dura crítica que parte importante de la sociedad civil organizada levanta contra quienes han sido sindicados como administradores del modelo de la dictadura, dada la imposibilidad estructural de cambiar la Constitución.

Y es aquí donde radica la ilegitimidad de la Constitución, al menos la más grave e irremediable de todas las ilegitimidades que la aquejan: ha dado paso a una práctica constitucional y política absolutamente sometida y condicionada por opciones políticas

impuestas luego del golpe de Estado de 1973, las que han naturalizado una determinada forma de vida, una determinada forma de existencia política, al punto de aceptarla como normal. Al menos hasta octubre. Se trata de una Constitución que reemplaza a la política deliberativa, cercenando la participación democrática de la ciudadanía y obligando a las mayorías a jugar en una cancha dispareja. El sistema constitucional chileno en su conjunto –no solo la Constitución– será ilegítimo mientras la democracia no pueda desplegarse en toda su magnitud y sea el fiel reflejo (dentro de lo que permite la ficción de la democracia representativa y de la soberanía popular en una sociedad de masas) del sentir de la comunidad política que lo sostiene y legitima. Mientras la democracia no pueda representar, efectivamente, las voluntades políticas que surgen desde la soberanía popular, mientras no se garanticen los mecanismos adecuados de participación política incidente, mientras la autodeterminación no sea un derecho efectivamente garantizado, la crisis de legitimidad del orden constitucional seguirá abierta.

Durante la última discusión constitucional (en el período 2014-18), hubo sectores que sostuvieron que con algunas reformas puntuales sería posible destrabar los últimos enclaves, las últimas trampas (básicamente, la reforma al binominal, al Tribunal Constitucional y la eliminación de las LOC), dando paso a una nueva Constitución. En algún sentido puede ser cierto que estas reformas generarían un texto normativo diferente, en la medida que responda a lógicas distintas de las plasmadas en el original. Incluso estas reformas podrían dar paso a un nuevo sistema constitucional que, eventualmente, sea capaz de superar la crisis de legitimidad que lo aqueja. Sin embargo, a estas alturas parece una salida insuficiente, ya que solo se hace cargo de una de las dimensiones que se constituyen a través de una Constitución: el Derecho en su dimensión jurídico-formal, cuando la crisis de legitimidad es política y se manifiesta en esa demanda social por una vida digna.

Como he señalado, una Constitución no constituye solo Derecho; no da paso solamente a la conformación de un ordenamiento jurídico jerarquizado y comandado por la propia Carta. El hito constitutivo

también constituye a la comunidad política en cuanto tal, que se reconoce a sí misma en aquel orden y, a la vez, lo reconoce como propio. En este aspecto en particular, el ordenamiento constitucional vigente se encuentra en deuda: la sociedad ni se reconoce en él, ni lo reconoce como propio. Desde esta perspectiva, Chile necesita un hito constituyente de carácter político y no solo una reforma jurídicamente correcta. Ni siquiera reformas sociales, como se ha ofrecido recientemente. Dada la envergadura de la fractura social que ha quedado expuesta en los acontecimientos que siguen al 18 de octubre de 2019, hoy es necesario un hito político lo suficientemente potente desde el punto de vista simbólico, capaz de zanjar la crisis de legitimidad de lo constitucional y de constituir nuevas formas de convivencia democrática para la comunidad política. Un hito que permita constituir un espacio de deliberación con cauces que permitan canalizar los conflictos políticos y sociales propios de la democracia, sin invisibilizarlos bajo la constante amenaza de la inconstitucionalidad, ni reprimirlos a través de los dispositivos de control y disciplinamiento del orden vigente. Sin este hito constituyente en que el pueblo pueda concurrir y decidir sobre su nueva Constitución, el Derecho (el camino de las reformas, por ejemplo) será siempre insuficiente para superar la cuestión constitucional y, peor aún, la denuncia de ilegitimidad que acecha al orden constitucional será permanente.

El cambio realmente significativo de este proceso constituyente estará en la participación de la ciudadanía. Es uno de los ejes de las demandas sociales de los últimos años: desconcentración del poder, fin de los abusos, participación en las decisiones colectivas y distribución equitativa de los beneficios que supone vivir en comunidad. Por eso el proceso constituyente debe estar abierto, lo más posible, a garantizar nuevas formas de representación y de participación política del pueblo, de aquella sociedad que se ha levantado contra una determinada forma de vida.

Las ideas de pueblo y poder constituyente son incómodas para el Derecho, pues tensionan, como señaláramos previamente, sus bases teóricas, concretamente la necesidad de justificar su legitimidad. La

sola existencia de la norma jurídica ya no es suficiente para exigir su aceptación y obediencia por parte del pueblo; el Derecho requiere que la comunidad a la cual se aplica, le reconozca legitimidad y lo acepte como propio. En los últimos doscientos cincuenta años, el Derecho dejó de ser una decisión tomada unilateralmente por algún monarca y pasó a ser concebido como el resultado de un proceso deliberativo, en el cual participaba la comunidad política a través de sus representantes. Se trata, por cierto, de una ficción, pero una fundamental para explicar el vínculo entre la comunidad política y su ordenamiento jurídico.

Este hito constituyente se verifica en una doble dimensión: por un lado, refuerza la dimensión política tanto del ordenamiento jurídico como de su proceso de generación; por el otro, evidencia cómo la estabilidad y vigencia del Derecho depende de si la comunidad lo reconoce como propio o no. Desde este último punto se puede abordar, a mi juicio, cómo pervive la magnitud del poder político manifestado en el momento constituyente junto al ordenamiento jurídico que ha creado, incluso con posterioridad a dicho hito históricamente determinado. En efecto, la legitimidad de un ordenamiento depende de la real voluntad de obediencia por parte del pueblo, que solo manifiesta dicha disposición hacia las normas que reconoce como legítimas, que acepta como propias. Dicha necesidad de reconocimiento, de apropiación, de legitimidad en última instancia, es permanente y coexiste con el ordenamiento jurídico; esta solo puede ser satisfecha si proviene de la propia comunidad. Ahora bien, dada la pluralidad y complejidad de las sociedades contemporáneas, en las que coexisten diversos planes de vida y concepciones del mundo y de la justicia, la legitimación del ordenamiento jurídico se verifica en un contexto de diversidad política que da cuenta del disenso constitutivo de un nuevo consenso.

El consenso, concepto muy complejo para nuestra historia constitucional reciente, en sí mismo no es tramposo. Por el contrario, el consenso puede ser concebido como un valor en la medida que entendemos que junto a él conviva, también, el disenso en tanto valor constitutivo de la propia democracia. Este demuestra cómo una

sociedad se constituye a partir de las diferencias de sus integrantes, los que son reconocidos como iguales por el Derecho (es una manifestación del pluralismo constitutivo de las sociedades contemporáneas y que, en gran medida, la Constitución vigente desconoce al imponer un determinado proyecto político). Pero cuando el consenso se utiliza para eliminar la diferencia política y proteger determinado *status quo*, o bien, para tender hacia una falsa homogenización de las posiciones políticas de la sociedad, termina transformándose en una fuente de ilegitimidad, como lo ha sido en estas últimas décadas. Allí donde ciertas minorías recurren a él para obstaculizar reformas institucionales, o bien, para impedir que las mayorías implementen legítimamente cierto programa de gobierno, la voz *consenso* nos lleva a otro significado, incompatible con la democracia. La sociedad chilena debe ser capaz de construir consensos en forma participativa y democrática, en procesos abiertos y transparentes, especialmente para contar con un ordenamiento constitucional compartido, que permita a cualquier mayoría realizar el programa para el cual fue elegido.

De esta manera, la deliberación que surge del conflicto político es uno de los hitos constitutivos del ordenamiento jurídico y, a la vez, su propia fuente de legitimidad. Por ello, debe ser recogido y acogido por él, a riesgo de hipotecar gravemente su propia legitimidad si lo desconoce o, peor, lo reprime. En efecto, esta deliberación que se intensifica en el momento constituyente logra algún grado de encauzamiento en ese ordenamiento jurídico que él mismo constituye; sin embargo, dado que ese momento también constituye a la comunidad política (en tanto acto de afirmación existencial), su conflictividad no desaparece del todo, sino que se mantiene a la base de los futuros (y permanentes) procesos de generación del Derecho, aunque sin la radicalidad de su fuerza constituyente originaria. Se trata, en definitiva, de una legitimación democrática del Derecho que emana de un acto político constitutivo que se proyecta hacia lo constituido. En este sentido, la asamblea constituyente (o la Convención Constitucional en el diseño actual, según explicaré más adelante) cumple un papel clave, en la medida en que sea capaz de

representar simbólicamente aquel hito de deliberación democrática necesario para que la comunidad política se constituya a sí misma como tal y, de paso, reconozca como propio al Derecho que emane del proceso.

Nunca más sin nosotrxs

La participación ciudadana es la clave para la legitimidad del proceso constituyente y, en especial, para la legitimidad de la nueva Constitución. Si algo tendrá de *nueva* la nueva Constitución, tendrá que ser su legitimidad: un orden constitucional en que el pueblo se reconozca, libre y soberanamente, como tal. Dicha legitimidad depende de distintos factores –que no sea impuesta por la fuerza es uno de ellos– pero, principalmente, depende que el proceso político del cual surja la nueva Constitución sea lo más amplio y participativo posible, tanto en sus instancias propiamente formales (plebiscitos y elecciones) como en las informales (cabildos y asambleas locales) que alimentan el proceso deliberativo. Asimismo, dicha legitimidad también depende de que los contenidos de la nueva Constitución respondan, adecuadamente, al contexto de crisis social por el que atraviesa el país y que configuren condiciones favorables para el agenciamiento político del pueblo –una de las principales trabas de la Constitución vigente– en la triple dimensión que aquí se ha defendido: representación, participación y autodeterminación.

Pero el actual contexto político y social del país, que va más allá de las condiciones que surgen con los acontecimientos del 18 de octubre de 2019 y de los meses que le siguen, no es particularmente favorable para la participación democrática, sea esta en clave política o económica. En efecto, diversas condiciones estructurales atentan contra la efectiva integración de diversos sectores de la sociedad, ya sea por las limitaciones que impiden el pleno ejercicio de los derechos políticos, ya sea por condicionamientos sociales que generan situaciones de postergación y marginalidad. Esto constituye un desafío mayúsculo para todo proceso político, en especial para el proceso constituyente, que deberá superar condiciones estructurales

que no han sido favorables a la participación política de la ciudadanía.

En la actualidad, el debate se ha centrado en la participación de tres grupos estructuralmente postergados de la deliberación democrática y de la representación política: mujeres, pueblos originarios e independientes. Una decisión propiamente constituyente debe construirse a partir de la inclusión de todos aquellos sectores sociales a los cuales va a regir la nueva Constitución, como una condición ineludible de legitimación del nuevo orden que surge de ella. Por lo tanto, avanzar en la inclusión política y social de estos tres grupos es clave, no solo para el momento constituyente, sino estructuralmente de aquí en adelante. Sin embargo, la actual discusión pública ha postergado otros sujetos que también reclaman reconocimiento y, especialmente, el derecho de alzar la voz para incidir en la configuración de ese orden social que nos rige: migrantes, niños, niñas y adolescentes, personas de edad avanzada o en situación de discapacidad, chilenos y chilenas viviendo en el extranjero, entre otros. Como es posible apreciar, desde distintos espacios vitales se levantan demandas sociales que tienen un vector común: una efectiva igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, cuya garantía permita superar las condiciones estructurales que los sitúan en una condición de postergación e, incluso, de subalternidad.

La igualdad política es una de las garantías consustanciales a la vigencia del principio democrático. Allí donde exista un sistema democrático como forma de gobierno, debemos ser capaces de constatar el igual derecho de todas las personas a participar de los procesos de formación de la voluntad general y de la propia formación de un gobierno (sea en clave de representación o de autodeterminación). En efecto, la igualdad política deriva de aquella igualdad que se predica de toda persona, sin consideración a su edad, sexo, condición social, económica, orientación sexual, etc., tanto respecto de la dignidad común que nos une en tanto integrantes de una misma especie, como respecto de la igual

titularidad de los derechos cuyo ejercicio se garantiza, supuestamente, de manera universal.

Esta igualdad en el ejercicio de los derechos políticos supone la garantía de que todas y todos los integrantes de la sociedad podrán participar de las decisiones a las cuales quedarán vinculados, ya sea a través de los mecanismos propios de la democracia representativa, ejerciendo una participación directa, o bien, ocupando esos espacios de autodeterminación que reclaman su propio lugar en el entramado institucional. Para ello, las constituciones deben consagrar derechos que garanticen el efectivo ejercicio del derecho a la participación en un sentido amplio. En efecto, es a través de la participación política, como manifestación de la soberanía popular, que las personas podemos reclamar un legítimo espacio para incidir en la configuración de nuestras propias condiciones de vida, las que en gran medida dependen de decisiones políticas tomadas por nuestros representantes. El ordenamiento jurídico debe propender a que las posibilidades de incidir en los asuntos públicos sean distribuidas de manera suficientemente igualitaria entre los integrantes de la comunidad política, pues ello incide directamente en la posibilidad de una participación justa y equitativa de los beneficios que supone vivir en comunidad, ahora en términos sociales y económicos.

Una de las formas de garantizar esta igualdad política es a través del derecho a sufragio. Configurado constitucionalmente como una de las principales reglas de inclusión/exclusión de la ciudadanía en un sentido jurídico-formal, el voto es una de las principales manifestaciones institucionales del ejercicio de los derechos políticos en una sociedad democrática, especialmente en clave de representación. Cuando es repartido igualitariamente entre los ciudadanos y las ciudadanas, el derecho a sufragio exterioriza la legítima aspiración del sistema político de garantizarles un grado razonablemente igualitario de influencia en las decisiones públicas, en tanto destinatarios de las mismas. Es a través de este tipo de instituciones que se resuelve la tensión conceptual entre autonomía y heteronomía del ordenamiento jurídico, así como el criterio de su propia legitimidad, razón por la cual se implementan mecanismos

destinados a disminuir aquellos factores económicos y sociales, muchas veces determinantes en el funcionamiento del sistema de representación, que puedan distorsionar el igualitario ejercicio de los derechos políticos.

La sobre representación de determinados grupos de la sociedad –a partir de criterios económicos, sociales, políticos, geográficos, sexuales u otros– altera tanto la libre manifestación de la voluntad soberana del pueblo en tanto titular originario del poder político, como la garantía de una igual participación en los procesos de formación de la opinión pública y de las condiciones de posibilidad para el ejercicio de los derechos fundamentales. El riesgo, que afecta la legitimidad del derecho, es la pérdida de la razón pública tras toda decisión política y su sustitución por razones facciosas, particulares. Respecto de los grupos infrarrepresentados, las decisiones públicas pierden en autonomía y en legitimidad, cuestión particularmente sensible respecto de grupos *a priori* excluidos, al menos formalmente, de estos procesos. En el marco del actual proceso constituyente, uno de los sectores sociales respecto de los cuales esta exclusión puede ser particularmente sensible y afectar la legitimidad del proceso en su conjunto, son niños, niñas y adolescentes, dado su protagonismo desde los acontecimientos del 18 de octubre de 2019. Para ellas y ellos, el riesgo de que el ordenamiento jurídico sea percibido como una decisión de terceros, impuesta sin el concurso de su voluntad, debe ser seriamente considerado.

Ahora bien, es importante considerar ciertos matices en la configuración de la ciudadanía y, especialmente, en la comprensión de los derechos políticos cuyo ejercicio realiza la garantía de igualdad política en un sistema democrático.

Es importante señalar que los derechos que permiten la realización del principio democrático no se agotan en el derecho a sufragar. El contenido del principio democrático se extiende al reconocimiento de distintos derechos a la participación de las personas, los que se verifican en una serie de espacios sociales y colectivos constitutivos

de la vida moderna en comunidad, así como a la garantía de su pleno ejercicio. Así, desde una dimensión conceptual, dentro de los derechos de participación política, junto al derecho al voto (activo y pasivo) se encuentran los derechos de asociación, reunión en espacios públicos o privados, participación, petición y la libertad de expresión, por mencionar los más importantes. Todos ellos configuran mecanismos formales necesarios para el ejercicio de los derechos políticos –típicamente, el derecho a sufragio– con instancias desformalizadas de participación, los que vienen a desbordar una concepción estrictamente formal de la ciudadanía. Así, las personas no se incorporan plenamente en el ejercicio de la ciudadanía solo al cumplir con la mayoría de edad exigida, pues se trata de un proceso que se verifica de manera progresiva. De hecho, comienzan a ejercer sus derechos políticos anticipadamente, a través de estas vías desformalizadas.

Como consecuencia de este ejercicio progresivo de los derechos de participación política, incluso previo a la mayoría de edad, es posible comprender que la ciudadanía, en tanto pertenencia a una comunidad política, no se determina sólo por el ejercicio del derecho a sufragar. Los complejos procesos de formación de la subjetividad comprenden no solo la dimensión sicológica, sino también nuestra condición de titulares de derechos políticos. Esta concepción material de la ciudadanía permite reconocer que todas las personas se incorporan progresivamente a la comunidad política y no solo con el ejercicio formal del voto. Este dato es fundamental para el desarrollo de un proceso constituyente, pues la regla constitucional de inclusión/exclusión es, precisamente, el tipo de reglas que son revisadas en este tipo de procesos. La ciudadanía misma no es una sola identidad política completamente homogénea; por el contrario, existen diversas formas de ejercicio que varían en los distintos sectores políticos y grupos sociales que dan vida a la sociedad.

Por otro lado, la protección del derecho de participación política posibilita la adecuada satisfacción de los derechos de participación económica, social y cultural. En efecto, las condiciones normativas y materiales de ejercicio de estos derechos se configuran,

principalmente, desde los espacios públicos e institucionales de deliberación democrática, donde el ejercicio de los derechos de participación política es fundamental. Esas condiciones no son fijadas verticalmente por la autoridad, sino que son construidas en procesos deliberativos en los cuales participan –por sí o por medio de sus representantes– quienes integran la comunidad política. La participación política en estos procesos permitirá determinar cuán legítimo sea el ordenamiento jurídico que surge de dichas decisiones, especialmente ahora, que la legitimidad de la decisión constituyente es la clave para el éxito de un proceso político que busca terminar con la ilegitimidad de la Constitución vigente.

Proyecciones hacia la nueva Constitución

Sobre el experimento constituyente de 2017

El camino que han recorrido los pueblos de Chile para dotarse a sí mismos de un orden constitucional legítimo ha tenido una serie de reveses a lo largo de los últimos años, en que diversos grados de movilización social en torno a esta demanda no siempre encontraron acogida suficiente por parte de la institucionalidad y, especialmente, de sus representantes. Esta parece ser una cuestión fundamental pues, más allá de las formas de organización política y social que sea posible identificar en los diferentes ámbitos de la sociedad, siempre será necesario contar con algún tipo de vínculo que permita tanto el debido reconocimiento institucional, como el impacto necesario para garantizar la estabilidad suficiente a dichas formas de organización. Con todas las críticas que se puedan formular, el acuerdo del 15 de noviembre que posibilita el proceso constituyente actualmente en curso cumple con dicha función, al permitir que la demanda social por una nueva Constitución pueda tener una manifestación institucional adecuada.

Dentro de las experiencias que más consiguieron avanzar en la senda de una nueva Constitución, cabe destacar el fallido experimento constituyente impulsado por la presidencia Bachelet (2014-18), que contó con un amplio despliegue institucional de participación social y terminó con la redacción de dos proyectos de reforma constitucional que no tuvieron mayor impacto. El proceso contemplaba una etapa de participación ciudadana y otra de sistematización técnica, más una reforma habilitante al Capítulo xv de la Constitución y un proyecto de una nueva Carta. Considerando que fue la manifestación más sofisticada de la vía reformista desplegada

desde 1989, cabe preguntarse por qué no tuvo la potencia suficiente para subsanar la crisis de legitimidad de la Constitución vigente.

El proceso buscó abrir canales de participación ciudadana para la deliberación de los contenidos constitucionales y realizar propuestas concretas, para luego canalizarlas institucionalmente en una nueva Constitución. A través de encuentros locales autoconvocados y una plataforma digital para levantar contenidos, las propuestas fueron sistematizadas con el fin de construir un nuevo proyecto constitucional, que sería presentado para su discusión al Congreso Nacional. Sin embargo, el proceso fracasó completamente: el Congreso nunca aprobó la reforma al Capítulo xv y el proyecto de nueva Constitución fue presentado días antes del término del Gobierno, sin siquiera recoger fielmente las opciones mayoritarias levantadas por los encuentros locales. Como una muestra más de la historia constitucional reciente, quedó demostrado que las viejas formas de representación política no pueden dar más de sí en la solución de la cuestión constitucional, sea porque se encuentran amarradas a un diseño antidemocrático, o bien, porque no representan debidamente a aquellos sectores de la sociedad que levantan la demanda por una nueva Constitución.

La potencia constituyente de este intento se vio ampliamente frustrada, primero, por las dificultades propias de actores políticos tradicionales y deslegitimados, que no están en condiciones de formular o proponer nuevas formas de representación de lo constitucional que permitan superar la actual crisis de legitimidad. Se trata del mismo discurso reformista desde 1989, levantado desde sectores sociales que viven el actual orden económico y social desde el privilegio, integrando el actual sentido común constitucional, aquel que impide ver las alternativas posibles. La baja participación electoral, el descrédito de los partidos y su escasa densidad y renovación ideológica, una actividad política completamente elitizada y clases gobernantes sin renovación alguna dan cuenta de ello. La única posibilidad para que emerjan nuevos discursos de lo constitucional es a través de la incorporación de nuevos sujetos políticos y actores sociales al proceso constituyente, pues existe un

agotamiento en las formas tradicionales de representación política, por cuanto sus prácticas han sido monopolizadas por una élite que ha subvertido el sentido de las instituciones representativas, poniéndolas al servicio de sus propios intereses.

En segundo lugar, la limitación política a la potencia transformadora surge de la famosa política de los consensos, tan característica del período de la *transición*, pues significó la renuncia a las identidades ideológicas de ciertos sectores políticos forzando, artificialmente, lo que se conoce como un gran *consenso al centro*. Este fenómeno, una debilidad del sistema democrático, ha sido reforzado por el creciente discurso que critica a las decisiones legislativas fundadas en *mayorías contingentes*, o bien, por ser propuestas del gobierno *de turno*. La democracia es mucho más que un mecanismo formal para elegir autoridades periódicamente o para tomar decisiones en órganos colegiados; supone el respeto de ciertos valores comunes mínimos para la convivencia pacífica en el contexto de sociedades plurales, abiertas y complejas. Pero desconocer la legitimidad que surge de las decisiones tomadas siguiendo esos procedimientos basados en la regla de mayoría abre la puerta para desconocer todos aquellos otros atributos consustantivos a la democracia, especialmente el valor de la vida del adversario político y de la legitimidad de los argumentos que esgrime. Es una debilidad de la democracia –pero especialmente de las credenciales democráticas de ciertos sectores de la sociedad– que se cuestione la legitimidad de las decisiones institucionales esgrimiendo como razón aquello que, precisamente, las valida como tales; por lo demás, sabemos que se trata de un argumento que se utiliza políticamente contra el adversario, solo para desconocer la legitimidad de decisiones con las cuales no se está del todo de acuerdo. Es esa minusvaloración de los atributos propios de la democracia, especialmente en aquellos sectores de la élite que alimentan estos discursos contra la diferencia política, contra las mayorías o contra proyectos políticos alternativos, lo que ha terminado por neutralizar la potencia transformadora de la llamada vía reformista.

Anular la regla de la mayoría para la toma de decisiones supone debilitar, todavía más, la democracia representativa, corriendo el riesgo de vaciarla de contenido. La sedimentación social y cultural de las reformas estructurales requiere de cierta estabilidad en el tiempo; para ello, la disposición a consensuar es fundamental. Sin embargo, pretender que sea un requisito habilitante para el proceso constituyente es un recurso retórico falaz que pretende desarticular la reivindicación por una nueva Constitución. El primer acuerdo necesario para el proceso constituyente no se refiere a los futuros contenidos del texto constitucional, sino a la necesidad de contar con una; se trata de una decisión que le corresponde al pueblo soberano, como es el caso del plebiscito de abril de 2020. Sabemos que la ciudadanía respalda muy mayoritariamente la necesidad de una nueva Constitución, como lo han demostrado todas las mediciones y encuestas realizadas en los últimos años.

El agotamiento de la vía reformista que se ha seguido desde 1989 deriva en la necesidad de una apertura radical de la participación política hacia aquellos sectores de la sociedad que han sido sistemáticamente excluidos de incidir en la solución de la cuestión constitucional. Esa apertura supone incorporar formas de participación política del pueblo soberano en la definición de los contenidos de una nueva Constitución, habilitando el ejercicio del poder sin buscar una solución definitiva. La ciudadanía lleva varios años movilizada en defensa de diversas demandas ciudadanas, entre las que destaca la nueva Constitución como una suerte de aglutinador donde concurren demandas tales como salud, pensiones, educación, medio ambiente, pueblos originarios, entre otras. Parte importante de la solución pasa por habilitar un espacio de participación y de decisión constituyente, como la que se inicia en octubre de 2020 con la elección de las y los delegados a la constituyente, instancia que podría establecer nuevas formas democráticas para el ejercicio del poder político.

En definitiva, este agotamiento evidencia que todos los esfuerzos para reformar han apuntado a normas constitucionales que no afectan, de manera importante, las condiciones políticas y materiales

de vida de la comunidad, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de nuestros derechos. Desde 1989 se ha desplegado un persistente y testarudo trabajo por enfrentar la crisis de legitimidad de la Constitución vigente a través de reformas, las que han tenido serias dificultades para procesar la potencia constituyente en clave política. Estas dificultades representan las limitaciones propias de una concepción de lo constitucional alejada de la realidad política y social de un pueblo, alejada del presente; una concepción que, cegada por la posibilidad de reformar, pretendió impedir la manifestación del poder constituyente. Hoy ha quedado demostrado que el camino de las reformas es absolutamente insuficiente para enfrentar las profundas demandas políticas y sociales que se levantan desde la comunidad, precisamente porque la demanda por una nueva Constitución no es solo una demanda por un nuevo texto jurídico; es una demanda por nuevas estructuras de poder político en la sociedad. Por una nueva Constitución. Se abre un ciclo histórico en el cual nos hemos convocado para revisar nuestra convivencia política desde sus propios cimientos, no para hacer borrón y cuenta nueva, sino para aprender de los errores y aciertos de nuestra historia y proyectar un futuro distinto, un orden social legítimo, nuestro.

Y es que la historia del poder constituyente muestra una crisis de la relación, siempre tensa y compleja, entre la potencia productiva de la sociedad y las formas de legitimación del Estado y la Constitución. Ahí pareciera estar la continuidad histórica de esa necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, pero no a través de una decisión que se agota en su propia enunciación, sino a través de prácticas sociales que expresen un proyecto político de emancipación social, prácticas que reivindiquen el presente como fuente de legitimidad de sus formas de existencia política. Una decisión constitutiva que termine con un diseño institucional construido al margen de las relaciones sociales y de poder, que parece poner el acento en los discursos políticos antes que en las prácticas a través de las cuales se configura nuestra vida social.

Es el desafío que no supo procesar adecuadamente el experimento constituyente de 2017, incurriendo en un error que, ciertamente, se encuentra en la base de la estrategia de las simples reformas como respuesta a las demandas estructurales que levanta la sociedad: no salir de la lógica reformista. Una de las demandas que le dan forma al actual momento de crisis política que vive el país es por mayor participación, una demanda que reclama el protagonismo que le corresponde a quienes detentan el poder político originario, con el fin de organizar, colectiva y democráticamente, nuestras formas de existencia política y social. Una participación no solo política, donde nuestras voces sean escuchadas y tengan la incidencia que merecen, sino una participación también económica y social, donde el reparto del mundo sensible, de aquellos beneficios y también de las cargas y problemas que significa vivir en sociedad, sean distribuidos de manera justa y equitativa, respetando la presencia de los distintos sectores de la sociedad. Esa es una demanda constituyente, a la que todos y todas estamos convocadas.

Hoja en blanco y dos tercios

Uno de los elementos más complejos del actual momento de crisis política y social que vive el país radica en cómo acordar las condiciones a través de las cuales será posible avanzar hacia su superación, sin que ello suponga volver a las condiciones anteriores, precisamente porque allí radican las causas y antecedentes de la crisis actual. Esta idea ha sido expresada gráficamente en diversos carteles que han acompañado los acontecimientos que siguen al 18 de octubre de 2019, que podemos representar en dos: *mi mayor miedo es que esto pare y todo siga igual* y *no volveremos a la normalidad, porque la normalidad era el problema*. Esta complejidad supone pensar formas de solución que representen verdaderas alternativas al orden político y social vigente; es decir, pensar fuera de las actuales condiciones que permiten pensar. No es cosa fácil, especialmente cuando la ilegitimidad de la Constitución vigente se suma al agotamiento de las actuales formas de representación política, fenómeno este último que traspasa nuestras fronteras.

El primer paso fue el acuerdo celebrado en el Congreso Nacional del 15 de noviembre de 2019, polémico por sus formas, habilitante por (parte de) sus contenidos. La semana que se inicia el lunes 11 estuvo marcada por diversas propuestas del Presidente de la República en materia constitucional (que reforzaban su posición de avanzar a través de reformas al texto vigente), por la huelga general del día martes 12 y la respuesta del Presidente a través de un comunicado en que, sutilmente, nos recordaba que el uso de la fuerza es una alternativa siempre a disposición del poder. Como consecuencia de las movilizaciones sociales que se intensificaron esa semana, la propuesta presidencial de reformas a la Constitución fue

desechada completamente (tanto su propuesta de *reformas profundas* como la composición del órgano que redactaría el nuevo texto, inicialmente compuesto por expertos) y se avanzó hacia una alternativa que nunca, desde 1980, había estado sobre la mesa: la redacción de una nueva Constitución.

Si bien en clave de participación política el Acuerdo quedó en deuda (por cuanto no concurrieron en él representantes de la sociedad civil movilizada), en clave de representación se trata de un paso importante que, sin perjuicio que se da desde un espacio institucional con muy baja credibilidad entre la sociedad, contiene un camino institucional que puede llevarnos a una nueva Constitución, en la que el pueblo decida: un plebiscito de entrada, la elección de un órgano mandatado para la redacción de un nuevo texto constitucional y un referéndum ratificatorio que culmina el proceso constituyente. El pueblo tiene la posibilidad de ejercer un papel protagónico en cada una de estas etapas, marcando una diferencia fundamental respecto de lo que ha ocurrido en los últimos procesos constituyentes y, en especial, en la política de los últimos treinta años. Es, sin ninguna duda, una respuesta a las demandas sociales que contiene muchísimo más de lo que había sido posible obtener de esa institucionalidad tan cuestionada. Ciertamente no es un Acuerdo perfecto, pero ningún pacto en que concurra tu adversario político lo será. En este sentido, la valoración política del Acuerdo del 15 de noviembre dependerá de su capacidad para desplegar la potencia constituyente del pueblo. Aunque esto solo podrá ser analizado con la perspectiva del tiempo, podemos adelantar que mientras mayor sea la participación política de la ciudadanía, mayores posibilidades tendremos de configurar nuevas formas de acción política, al margen de las prácticas poco representativas que caracterizaron al período de la transición. Por ahora, quisiera concentrarme en dos elementos que marcan la identidad de esta discusión, con el fin de explicar sus efectos políticos y constitucionales: la idea de la *hoja en blanco* y el quórum de dos tercios para la constituyente.

Lo primero es despejar la diferencia entre un proceso de reforma constitucional y otro para la redacción de una nueva Constitución.

Todas las constituciones establecen mecanismos a través de los cuales es posible realizar un cambio constitucional mediante la reforma al texto vigente. Según la mayor o menor dificultad del procedimiento contemplado para la reforma constitucional, las constituciones pueden ser clasificadas como flexibles o rígidas; asimismo, existen constituciones pétreas, categoría reservada a aquellos textos que impiden toda reforma. El texto constitucional chileno contempla un mecanismo de reforma, en su Capítulo xv, que sigue, fundamentalmente, lo dispuesto para la tramitación de un proyecto de ley cualquiera, con algunos cambios importantes: por un lado, mayores quórum para su aprobación, estableciendo un mínimo de tres quintos de votos favorables de diputados/as y senadores/as en ejercicio como regla general y de dos tercios en ciertas materias (derechos fundamentales, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional, fuerzas armadas); por otro lado, el Presidente podría convocar un plebiscito si persiste una diferencia de contenidos con el Congreso Nacional, durante la etapa final del proceso.

En la práctica, la normativa chilena establece una regulación que rigidiza el texto constitucional obstaculizando posibles cambios, pues los quórums necesarios para su reforma son demasiado gravosos. Esta exigencia genera una suerte de *poder de veto* que favorece a quien se niegue a reformar el texto constitucional vigente, puesto que, si no se cuenta con sus votos, el texto original no sufrirá modificaciones. Así, la aprobación de las reformas más importantes –especialmente de aquellas que se encuentran en la base de las demandas sociales de las últimas décadas, como nuestros derechos– requiere del apoyo de la minoría parlamentaria que concurra con la mayoría en los contenidos de la reforma. Sin esos votos, no hay reforma posible; de hecho, son esos votos los que determinan el contenido de las reformas, lo que ha profundizado la crisis de legitimidad de la Constitución.

Ocurre algo completamente diferente con la redacción de una nueva Constitución, que se manifiesta en aquello que se conoce como *hoja en blanco*. Se trata de un concepto que tiene –para la distinción respecto de la reforma– un efecto preferentemente

jurídico, que no supone empezar desde cero ni hacer borrón y cuenta nueva. Ninguna decisión se toma en el vacío, sea cual sea su carácter. Sea que se trate de una decisión sentimental, profesional o política, siempre hay ciertos antecedentes, un contexto, que de alguna manera configuran las condiciones que hacen posible dicha decisión, una realidad desde la cual algo es decidido, contra la cual se reacciona, o bien, en la cual se quiere incidir de alguna manera. Lo propio ocurre con la decisión constituyente.

Una decisión constituyente no se verifica en el vacío, no surge desde la nada. Se trata de una decisión política, sin duda la decisión más importante que una comunidad puede tomar, que busca transformar sus propias condiciones de existencia política y social. Es un acto de reafirmación de su existencia como sujeto político, motivado por un contexto de insatisfacción, de debilidad, de reacción frente a estímulos negativos externos (como el abuso). Un acto que proyecta la convivencia de una comunidad hacia el futuro, pero lo hace desde el presente y con una cierta lectura, más o menos crítica, de su pasado. No es, por tanto, empezar de cero. Toda decisión constituyente se toma en un determinado momento de la historia de un país, por lo cual es clave una valoración de esa historia.

En concreto, hay instituciones de la historia constitucional de Chile que, sin duda, significan una contribución importante para el desarrollo del país y para la garantía de nuestros derechos fundamentales; instituciones previas a 1990, o previas a 1973, que han marcado una cierta forma de existencia política de la comunidad que, probablemente, querremos mantener. Del mismo modo, habrá otras instituciones de nuestra historia que, por su carácter opresivo o antidemocrático, vamos a buscar eliminar, superar o, por qué no, mejorar. Entre las primeras, podremos contar nuestro compromiso con el respeto y promoción de los derechos humanos (vida, educación, libertad de culto, seguridad social, etc.); entre las segundas, los quórums contramayoritarios de la Ley. Entre las primeras, la independencia del Poder Judicial; entre las segundas, las competencias exorbitantes del Tribunal Constitucional. Será un

ejercicio de discernimiento fundamental para el proceso constituyente, desde el cual se van a tomar las decisiones políticas que configuren nuestra convivencia democrática. No es, por tanto, empezar desde cero. La idea de hoja en blanco representa, simplemente, que abordaremos un proceso de redacción de una nueva Constitución y no de reformas constitucionales, de modo tal que si no concurren los quórums necesarios para la aprobación de las nuevas disposiciones constitucionales, estas no quedarán en el texto constitucional. Este resultado genera un efecto distinto al de la reforma, puesto que si no se alcanzan los quórums exigidos, el texto constitucional vigente no puede ser alterado, lo que significa un incentivo perverso demasiado importante para la minoría, a la que le basta con restarse de la discusión para imponer sus términos. Hoja en blanco, por lo tanto, solo significa *nueva Constitución*; nada más, pero tampoco nada menos.

Respecto al polémico quórum de dos tercios para las decisiones que se tomen en la Convención Constitucional sucede algo similar, en el sentido de que la frontera que distingue dos fenómenos distintos es clara, aunque de fácil confusión. Por lo pronto, es importante señalar que este quórum contramayoritario fue una de las condiciones que hicieron posible el Acuerdo del 15 de noviembre. Para bien o para mal, sin él no habría sido posible llegar al plebiscito de abril de 2020 ni a las elecciones constituyentes de octubre del mismo año, por lo que ese debe ser el primer criterio de análisis: es uno de los elementos que podrían contribuir a desplegar la potencia transformadora del poder constituyente. Ahora bien, es importante marcar la diferencia respecto del quórum de reforma constitucional más gravoso que contempla la Constitución vigente, que también es de dos tercios.

La diferencia radica, precisamente, en que mientras uno es establecido como requisito para tomar una decisión de carácter constituyente, el otro busca proteger un determinado contenido constitucional sustrayéndolo de la posibilidad de su reforma a través de una decisión democrática. En el primer caso, una decisión que opera desde una *hoja en blanco*; en el segundo; una decisión que

opera desde la Constitución vigente. Cuando un quórum contramayoritario busca proteger una norma determinada contra toda posibilidad de reforma, el sector político que defiende dicho contenido cuenta con un cierto poder de veto que le permite bloquear una reforma cuando no esté conforme con los contenidos que se proponen. Así, el incentivo que tiene para negociar los cambios es prácticamente inexistente, pues, aunque pierda en la votación, fácilmente podrá ganar en su objetivo político de proteger el actual texto constitucional (como ocurrió con la reforma que intentaba constitucionalizar el carácter público de las aguas). En este contexto, el poder de veto solo funciona en favor de quien se niega a reformar.

En cambio, cuando se trata de una discusión constituyente que se verifica desde una *hoja en blanco*, el quórum contramayoritario no opera como poder de veto, por dos razones importantes: primero, porque no hay un contenido previo a la discusión que busque ser protegido o impuesto; y segundo, porque la misma exigencia opera para los dos lados, es decir, cualquiera que sea la materia que se busque constitucionalizar deberá contar con una aprobación de dos tercios. Esto genera ciertas condiciones para la deliberación democrática en sede constituyente que son distintas a las condiciones de la deliberación legislativa, puesto que obligará a todos los sectores a moderar sus expectativas y a buscar aquellos aspectos de lo constitucional que podamos tener en común, sin renunciar a sus propias identidades políticas y sin las imposiciones del pasado. El objetivo, no del todo sencillo, será buscar un marco de convivencia democrática compartido, pero a partir del respeto hacia nuestras diferencias y hacia nuestros derechos, todos ellos, superando la lógica constitucional vigente a través de la cual se impone un orden político y social determinado, excluyente, que desconoce las diferencias constitutivas de la sociedad y nos obliga a vivir bajo reglas ajenas, impuestas.

Todas aquellas materias que no regule la nueva Constitución deberán ser desarrolladas por la Ley, como una manifestación absolutamente normal del funcionamiento del sistema de fuentes del Derecho. De hecho, la inmensa mayoría de las materias reguladas

por normas jurídicas no están en la Constitución, sino en leyes y reglamentos; y está bien que así sea, puesto que ahí radica una garantía de libertad política para que la comunidad pueda desarrollar los contenidos constitucionales de diferentes formas, o bien, implementar proyectos políticos diferentes, según sea el respaldo popular que obtengan a futuro. Desde el reconocimiento constitucional de nuestros derechos de participación política, económica, social y cultural, como el piso mínimo para la convivencia democrática, la nueva Constitución no puede repetir el error de la actualmente vigente: desarrollar un programa particular, excluyente, y convertirse en una camisa de fuerza para la sociedad. Uno de los principales problemas o vicios que tiene la Constitución vigente es su carácter militante, por cuanto representa un proyecto político y de sociedad particular; la nueva Constitución no puede cometer el mismo error. Para que sea legítima, no puede ser el reflejo de las preferencias políticas de un sector de la sociedad, sino que tiene que garantizar la diversidad, el disenso, la diferencia que le da forma a las sociedades democráticas.

Mientras más cuestiones queden abiertas a una deliberación política posterior, digamos en clave legislativa y ya no constituyente, mayores posibilidades tendrá la agencia política del pueblo de desplegar su potencia transformadora en el futuro, según cómo cambien las condiciones históricas de su propia existencia. Esto supone, ciertamente, que la nueva Constitución deberá contemplar los mecanismos necesarios para contar con un Congreso Nacional renovado y plenamente legitimado, que sea un verdadero representante de las voluntades soberanas que surgen desde los pueblos de Chile, con partidos políticos democráticos, participativos y transparentes que sean un canal de comunicación y representación efectivo entre la sociedad y la institucionalidad.

Las prácticas constituyentes del malestar

El malestar social no es una cuestión teórica, ocurrencia de un grupo de iluminados o iluminadas que tratan de interpretar los acontecimientos de los últimos meses desde sus cómodas oficinas universitarias. El malestar es una cuestión concreta, real, material, que se levanta desde la experiencia de una vida precarizada. En ese mismo sentido, creo que para tratar de entender qué proyecta esa crítica destituyente contra el orden político y social vigente, cuál podría ser el contenido constituyente del malestar y hacia dónde podría proyectarse, debemos volver la mirada hacia esa misma realidad en la que se vive el malestar y tratar de mostrar cómo las prácticas políticas y sociales que hemos visto en los últimos meses van configurando una nueva forma de existencia política del pueblo. Sé que esta lectura puede ser muy apresurada, dada la proximidad del tiempo y que estas prácticas apenas llevan unos meses; pero pueden ser una buena fuente para pensar lo que viene en clave constituyente.

Desde el 18 de octubre en adelante, la masividad de los actos de protesta resignificó el valor político de los espacios públicos, ya no solo como el lugar en que concurren los discursos y reivindicaciones sociales que no son escuchados por las instituciones, sino como un genuino lugar de encuentro; de reencuentro. Un espacio para el reencuentro de prácticas solidarias entre manifestantes que no solo compartían un malestar contra formas de vida precarizadas, sino que compartían agua, comida, música. Se fue consolidando, a lo largo de las semanas, una cierta idea de cuidado mutuo y solidario entre las y los manifestantes, que no veíamos expresarse, al menos en espacios públicos y de forma masiva, hacía largos años.

En la misma línea, desde octubre resurgieron nuevos espacios de encuentro propiamente político, de deliberación. La política volvió a ocupar un lugar central en nuestras relaciones sociales, en nuestras conversaciones, evidenciando –hay que decirlo– una cierta inmadurez política para aceptar nuestras diferencias, lo que tensionó varios vínculos familiares, laborales, fraternales; cuántos grupos de WhatsApp no perdieron uno o varios de sus integrantes. Pero también mostrando lo importante que era volver a conversar entre nosotras, entre nosotros, especialmente ahora, que el momento de crisis en que vivimos nos demanda una participación efectiva y responsable. Lo propio podemos decir de los miles de cabildos, asambleas locales, ciudadanas o auto convocadas, que han reunido a vecinos y vecinas de todas las edades, condición social o ideología política para conversar de aquello que tenemos en común, del destino de nuestro país. Cuántos foros, seminarios, conversatorios se han organizado a lo largo de estos últimos meses, muchos de ellos dentro de instalaciones universitarias que se están abriendo a la comunidad, muchos más en plazas públicas, anfiteatros, sedes vecinales, gimnasios. La sed de conocimientos que ha empujado estas nuevas formas de organización política del pueblo nos muestra una disposición a comprometerse con los destinos del país nunca antes visto; al menos no con esta masividad y transversalidad.

Al mismo tiempo, las personas nos hemos juntado a conversar para entender, juntas, qué fue lo que pasó. Qué fue lo que estalló. A través de estas asambleas, de estos espacios informativos, hemos tratado de identificar, de manera colaborativa, qué estábamos haciendo mal como para que el país estallara de esta forma, con tanta vehemencia, y cómo podemos contribuir a que este movimiento social se proyecte hacia el futuro de una manera positiva, propositiva. Sabemos que parte importantísima del fracaso del modelo de sociedad se debe a la existencia de grupos privilegiados y a una corrupción de las formas tradicionales de representación democrática. Pero también hay responsabilidad en la pasividad que significa entregar la decisión sobre los asuntos comunes a quienes terminaron por favorecer sus intereses particulares.

En otras palabras, nos hemos vuelto a encontrar para analizar las prácticas sociales que protagonizamos hasta el 18 de octubre de 2019 y qué prácticas sociales empezaron a levantarse desde entonces. Recuperar los espacios públicos para estos fines ha sido uno de los resultados positivos. También lo ha sido la importancia del arte como una forma para expresar aquellas reflexiones o emociones que, por distintas razones, no podemos decir con las palabras de siempre, con las formas de siempre. La música, la pintura, los *graffitis*, las *performances* e intervenciones han permitido que nos comuniquemos de formas mucho más intensas, más sinceras, más efectivas.

Y es que existe una dimensión constituyente que no se dirige solo contra el Estado –es decir, contra la forma en que la Constitución regula el ejercicio del poder en el aparato estatal– sino que se dirige hacia nosotros mismos, hacia la forma en que el orden constitucional incide en el tipo de poder político y social que ejercemos entre nosotros, entre nosotras. En muchos sentidos, esas formas de relaciones sociales se caracterizan por la dominación, el abuso y la docilidad ante éste. La *performance* organizada y masificada internacionalmente por el colectivo feminista Las Tesis, conocida como “Un violador en tu camino”, le dio una visibilidad incuestionable a la violencia estructural que afecta a la mujer y a los cuerpos feminizados, en una sociedad machista y patriarcal. Su denuncia no dejó a nadie indiferente. No puede dejar a nadie indiferente.

No solo por la masividad de la *performance* y la crudeza de su discurso, sino por la interpelación hacia una estructura de relaciones sociales caracterizada por la dominación y la violencia, donde la igualdad ante la Ley es puesta en evidencia como un privilegio y no como un derecho. La enorme cantidad de mujeres que se atrevieron a denunciar públicamente las más variadas experiencias de violencia sexual significa –debiera significar– un impacto profundo en todas relaciones de pareja y en todos los espacios sociales donde se despliega la violencia de género para oprimir a la mujer. Esta forma de denuncia tiene una potencia constituyente innegable, por cuanto significa pensar una profunda transformación de las relaciones de

poder, ahora en clave de género, a partir de la denuncia contra el orden anterior. Por eso la irrupción de Las Tesis significó un fortalecimiento de la movilización social o, incluso, un catalizador que la potenció, pues contribuyó a consolidar una interpelación política y social en clave constituyente, contra el Estado y contra la propia sociedad.

En distintos niveles, han ocurrido fenómenos sociales similares respecto de demandas sociales que, hace tan solo unos meses atrás, eran percibidas como demandas particulares que convocaban, solamente, a aquellas personas directamente afectadas. Nos dimos cuenta que el drama de las zonas de sacrificio no es una preocupación de quienes viven en ellas, sino que representa una demanda transversal que nos convoca a todas y todos, precisamente porque representan una estructura política y social compartida que se manifiesta a través de distintas formas de injusticia. Lo propio con educación, salud, agua, pensiones, entre otras. Esto lo podemos comprobar en el significativo aumento en la asistencia a asambleas donde se tratan estos temas particulares, en que hoy concurren personas con inquietudes distintas pero cercanas. Allí se han encontrado y reconocido en la precariedad, en la preocupación por aquello que tenemos en común.

Estamos, por tanto, frente a una dimensión constituyente no solo porque tenemos la oportunidad histórica de cambiar la Constitución vigente, sino porque tenemos la posibilidad de revisar, por nosotras y nosotros mismos, nuestras propias prácticas políticas y sociales; y transformarlas. Hemos esperado demasiado tiempo para esto. Ha llegado el momento de constituir. Sabemos de los esfuerzos que han desplegado los poderes constituidos –la clase dirigente– para contener la potencia transformadora del poder constituyente del pueblo y de las dificultades que se han debido enfrentar para sacar esto adelante.

Por eso no es posible concebir que la demanda constituyente se satisfaga, solamente, a través de reformas legales o constitucionales. El Congreso Nacional podría cambiar la

Constitución, reformarla entera o, incluso, redactarla de nuevo. Pero de ese espacio institucional, con todas las carencias en materia de representación de la voluntad popular que arrastra luego de estos treinta años, no es posible esperar una decisión que reconfigure las relaciones de poder de la sociedad, entre otras cosas, porque las viven desde el privilegio y no desde la precariedad que apalanca el malestar. De esa vieja institucionalidad, atravesada por una crisis profunda de legitimidad, solo es posible esperar una decisión que habilite la posibilidad de desplegar nuestra potencia constituyente para redactar una nueva Constitución, una nueva forma de convivencia política y social que permita responder y superar el malestar generado por el orden social heredado de la dictadura. Ese proceso de cambio ya se abrió, tanto desde la movilización social como desde la institucionalidad.

El éxito de la dimensión institucional del proceso dependerá, directamente, de nuestra participación: mientras más participemos, más posibilidades tendremos de copar los espacios de poder e incidir efectivamente en la construcción de un nuevo orden constitucional, en la redacción de una nueva Constitución. Por el contrario, mientras menos participemos, más espacio dejaremos para que, de nuevo, otros decidan en nuestro nombre. No podemos dejar que ese malestar nos inmovilice; tiene una potencia constituyente y tenemos una posibilidad importante para aprovecharla. Es uno de los aprendizajes que deberíamos tomar del proceso político que sigue al plebiscito de 1988: la sola representación no basta para tener una democracia fuerte y plenamente legítima, pues su dimensión participativa es fundamenal. Por eso no basta con elegir a nuestros representantes cada cierto tiempo; es fundamental construir los espacios de participación y autodeterminación a partir de los cuales podremos ejercer nuestra soberanía y enfrentar la crisis de la democracia representativa.

La demanda por derechos sociales como demanda por una vida digna

La incorporación de lo político en la comprensión del fenómeno constitucional, y muy especialmente en el marco de un proceso constituyente, es fundamental no solo para abarcar adecuadamente sus diversas aristas, sino para superar con éxito la cuestión constitucional que aqueja a Chile. Sabemos que una Constitución no constituye solo Derecho; no da paso solamente a la conformación de un ordenamiento jurídico. El hito constitutivo también da paso a una determinada forma de existencia política y social del pueblo como sujeto político, a una comunidad política que se reconoce a sí misma en aquel orden y, a la vez, lo reconoce como propio. Es decir, la comunidad política se da a sí misma las reglas para su configuración como pueblo, a partir de las cuales podrá desplegar de manera autónoma y en el marco de la democracia representativa, su poder político. La decisión constituyente como un acto de afirmación existencial.

Sin embargo, este aspecto es una de las principales deudas del orden constitucional vigente: la sociedad no se reconoce en él ni lo reconoce como propio, precisamente porque las formas a partir de las cuales se ha institucionalizado el ejercicio del poder popular no le permiten a su titular ejercerlo en condiciones de autonomía. Esto es así, entre otras razones, porque la garantía de los derechos sociales en clave neoliberal, mercantilizada, configura determinadas condiciones de vida ya no para el pueblo como sujeto político, sino para las personas que cotidianamente ejercemos dichos derechos. Esas condiciones están marcadas, como sabemos, por el abuso de poder, la precarización de la vida, la inestabilidad laboral y un progresivo sobre endeudamiento, lo que se explica, desde lo

constitucional, por la ausencia de una red de protección social que garantice las condiciones materiales necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales, para la vida en comunidad, y por la privatización de todos los servicios sociales, desde la luz y el agua hasta nuestra educación y nuestras pensiones.

Desde esta perspectiva, Chile necesita un hito constituyente capaz de zanjar la crisis de legitimidad de lo constitucional y, junto con constituir un orden legítimo, le permita la propia comunidad un despliegue autónomo de sus derechos políticos y la realización de una vida digna, socialmente compatible con el actual estado de desarrollo de nuestro país. Un hito a partir del cual sea posible constituir un espacio de deliberación política que permita canalizar los conflictos políticos propios de la vida en democracia, sin invisibilizarlos ni reprimirlos. Un proceso de rearticulación del poder popular que dé paso a una nueva estructura de relaciones de poder en la sociedad, una que nos permita transitar desde una sociedad de privilegios hacia una sociedad de derechos.

De esta manera, es evidente que existe un vínculo entre forma y fondo, entre los contenidos constitucionales y el mecanismo para la elaboración de una nueva Constitución, en especial cuando la forma que se promueve supone establecer un espacio de participación y deliberación ciudadana inédito. El contenido de la nueva Constitución, entendida tanto en su dimensión jurídica como política, depende de la apertura hacia la participación de los sujetos políticos que componen nuestra sociedad, de los intereses que estos representen y del grado de incidencia que cada cual tenga a lo largo del proceso constituyente.

Es por las razones que demanda esta mayor participación política que no es suficiente con destrabar las trampas o enclaves autoritarios de la Constitución, pues también es necesario desarticular las relaciones de dominación que caracterizan a la sociedad chilena y que forman parte de la identidad neoliberal de la Constitución, ahora en su dimensión política. Para la disolución efectiva de esas relaciones de dominación, no es suficiente con una

reforma jurídica de la Constitución. Es fundamental que esas relaciones puedan ser reconfiguradas desde el propio pueblo, construyendo nuevas relaciones de poder desde la misma práctica política de estas comunidades, en especial de las que hemos visto construirse luego de los acontecimientos del 18 de octubre en la forma de cabildos y asambleas locales. El carácter constituyente que estas prácticas políticas logren desplegar dependerá de las relaciones de poder en las que se verifiquen, así como de su incidencia y consideración en la elaboración de la nueva Constitución.

En ese proceso de reconfiguración de las relaciones de poder en la sociedad, la posición de los derechos sociales –en tanto ejes articuladores de la red de protección social que permite garantizar los estándares materiales necesarios para la vida en sociedad– adquieren un papel central. Estos derechos dan cuenta de cómo se ha configurado una determinada forma de enunciación de saberes sociales, que no escapa a las dificultades asociadas a un saber relegado, cuyo objeto (la necesidad de garantizar determinadas condiciones materiales de existencia) se encuentra completamente subordinado a un saber dominante que se impone: una Constitución neoliberal.

El actual discurso de los derechos nace en el contexto de las luchas contra las monarquías europeas absolutas, lideradas por la burguesía, entre los siglos xvii y xviii. Sus bases teóricas se remiten a un contractualismo iusnaturalista y racionalista que se construye desde un supuesto que ha hegemonizado el discurso de los derechos en los últimos doscientos años: que las personas cuentan con derechos naturales de titularidad universal, provenientes de un hipotético estado de naturaleza anterior a la sociedad civil y que, en consecuencia, se oponen al Estado en la medida que son anteriores y superiores a éste. Al Estado le corresponde, en esta lectura de lo social, reconocer estos derechos y garantizar su ejercicio, desde el deber de protección de la libertad individual.

Sin perjuicio que la consolidación de los derechos individuales contribuyó a generar las condiciones necesarias para el surgimiento

de los derechos sociales, el contexto que recibe este nuevo saber es el de un individuo egoísta que demanda la protección de sus intereses como si se tratara de derechos naturales y universales. En el marco del proceso histórico de consolidación del Estado de Derecho –la Revolución Industrial del siglo xix– surge un nuevo agente político, con nuevas necesidades y demandas: aquella persona que vive de su trabajo, conocido como proletariado. Progresivamente, este nuevo sujeto comenzará a levantar sus propias demandas sociales, con el fin de obtener la satisfacción de aquellas necesidades que emanan de nuevas condiciones materiales de vida.

En este contexto histórico, marcado por profundas transformaciones sociales, se verifica una suerte de paradoja: nuevas reivindicaciones que responden a nuevas formas de vida, pero que son formuladas a través de un discurso que le es, al menos en parte, ajeno. Podríamos decir que el discurso de los derechos sociales nació colonizado por la figura del hombre (sic) egoísta, titular de derechos individuales, a pesar de representar una forma de vida marcada por el trabajo y las dimensiones colectivas de la vida.

Desde muy temprano, los derechos sociales fueron enfrentados por un discurso que le negó la condición de derechos a estas demandas. Luego de más de un siglo de discusiones y diferencias teóricas entre promotores de los llamados derechos sociales y defensores de las concepciones tradicionales de los derechos liberales, no se ha avanzado prácticamente nada. La oposición sigue exactamente igual: una serie de demandas sociales que surgen de necesidades concretas y transversales (salud, educación, vivienda, seguridad social, entre otras) es relativizada por el poder político y económico como si se tratara de meras expectativas materiales cuya satisfacción puede quedar entregada a la provisión de recursos públicos. Desde la perspectiva de la satisfacción concreta de estas necesidades, la excusa de la crisis económica muestra que, incluso, el sistema se da el lujo de retroceder en su protección a través de recortes presupuestarios.

Las lógicas políticas y sociales de corte neoliberal han logrado colonizar los derechos sociales, primero bajo el Estado de bienestar europeo que contribuyó a neutralizar el conflicto social, abandonando la dimensión socioeconómica de la crítica y de la protesta, segundo, al concebir los derechos sociales en clave estrictamente individual (es decir, no como aquello que la sociedad le debe a sus integrantes, sino como lo que cada cual tiene derecho a exigir en un tribunal) y, finalmente, a través de la normalización de la clave costo/beneficio, tan característica de la gubernamentalidad neoliberal que demanda de los servicios sociales las mismas exigencias de la empresa privada: rentabilidad económica.

El esfuerzo por extender la categoría de derechos a aquellos de carácter social ha resultado infructuoso o, como mucho, ha generado efectos marginales, sin conseguir reformas estructurales. La discusión jurídica sobre estos derechos –que ha condicionado la discusión política– se ha centrado en si son o no derechos y en si son o no exigibles ante un tribunal, siguiendo la comprensión individualista de los derechos, en circunstancias en que son intereses colectivos cuya satisfacción requiere del concurso de la comunidad. Lo social representado por los derechos sociales no se juega en la dialéctica Estado/individuo, originalmente destinada a garantizar espacios de libertad y de indemnidad a las personas frente al poder estatal.

Por el contrario, esa dimensión de lo social enunciada desde los derechos fundamentales, se juega en la dialéctica democracia/individualismo, lo que nos obliga a repensar ambos elementos del binomio, considerando que los derechos propiamente individuales tienden a la libertad negativa, algo insensibles a las condiciones materiales de vida. En cambio, lo social desborda el modelo del individuo abstracto como titular de derechos naturales, reivindicando el valor de la democracia como un espacio para la total consideración de la materialidad de los distintos destinatarios de los derechos, pues la democracia no se agota en su formulación formal. Como forma de gobierno, la democracia supone una garantía para que las distintas vías de agenciamiento político y social de la

comunidad puedan desplegar la promesa del autogobierno, de modo tal que sea la práctica política lo que define qué nos debemos unos a otros.

Esa lectura de lo social tensiona el paradigma constitucional vigente, en cuanto reivindica un lugar de enunciación propio, alterno, que abre la posibilidad de pensar los derechos sociales en clave materialista y no esencialista, desde las prácticas sociales y no desde las categorías abstractas. Es un espacio alternativo al modelo neoliberal con el que se clasifica la realidad, desde las categorías de los derechos individuales. Pero al cambiar la referencia desde la cual se juega lo social e incorporar una revisión crítica de la democracia, podemos ver cómo se tensionan las posibilidades de un momento constituyente, especialmente cuando las prácticas políticas no se conforman con estar dentro de los criterios de la democracia formal. Así, pareciera que la concepción neoliberal dominante en la Constitución ha dejado de ser hegemónica en la sociedad, generando las condiciones para que las prácticas estatales dejen de administrar esa hegemonía y transiten hacia la dominación, dada la ausencia del consentimiento espontáneo de la sociedad y la necesidad de recurrir al aparato de represión estatal para enfrentar a los movimientos sociales que han levantado cada vez más reivindicaciones destinadas a disputar el sentido de la vida en sociedad, ahora desde lo social.

Los derechos, también los sociales, podrían ser instrumentos de libertad que operen de manera transversal en la sociedad y no solo en favor de los sectores privilegiados. Ello supone pensar estas relaciones sociales más allá del orden constitucional vigente, que ve los derechos como bienes y servicios que pueden prestarse siguiendo las reglas del mercado. Estas demandas sociales, como la de No+AFP, han hecho el esfuerzo por levantar equivalentes funcionales que permitan garantizar la dignidad de las personas desde las prácticas características de cada comunidad y cultura, no solo en clave liberal, individual, egoísta. Los derechos deben ser concebidos y diseñados en beneficio de las personas, garantizando su legítimo ejercicio de manera universal, sin criterios mercantilistas

ni de eficiencia neoliberal. *Hasta que la dignidad se haga costumbre*, se ha dicho mucho en estos días de crisis.

Este desafío puede ser asumido en un proceso constituyente, donde los derechos cumplen una función crucial, pues la discusión en torno a su reconocimiento y garantía constitucional supone revisar cómo se estructuran las relaciones sociales a través de su ejercicio. Por ello es tan importante abrir la participación para el despliegue de la voluntad constituyente, para la manifestación de ese acto de afirmación existencial que permita pensar los derechos desde prácticas sociales emancipatorias, desde la contingencia de su ejercicio y no desde categorías preconcebidas en la Constitución de 1980, pensadas para la satisfacción de otro tipo de intereses.

Para la elaboración de la nueva Constitución será necesario revisar esa frontera entre derechos de primera y de segunda categoría, de modo tal que sea posible reconfigurar las formas de existencia política de una comunidad que ejerce sus derechos según las capacidades de pago de cada cual. Se trata de un asunto que desborda la retórica de la inclusión social: el desafío no es incluir a los sectores desventajados en el sistema de dominación actualmente vigente, sino redistribuir el ejercicio del poder político, cuya concentración responde a las actuales condiciones de acumulación neoliberal. Para estos efectos, los derechos sociales son un buen ejemplo del fracaso en las políticas de focalización e inclusión social en Chile pues, siguiendo las cifras de redistribución del ingreso, mediana de remuneraciones y acceso a servicios públicos, los sectores excluidos bordean el 90% de la población.

Tras los derechos hay procesos históricos de construcción política y social, muchos de los cuales fueron concebidos sobre la base de la exclusión de otros sujetos. La actual configuración de los derechos sociales responde a una articulación que no incluye al sector de la población cuyas necesidades e intereses busca protección, lo que justifica la necesidad de una nueva articulación del poder político, construido desde las bases sociales que han sido postergadas de la participación en la configuración del actual orden constitucional.

Educación pública: democratizar la cultura y el conocimiento

En la misma línea de las demandas sociales que han marcado la historia de las últimas décadas, y que recobran vigor y vigencia luego de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019, la demanda por educación pública, gratuita y de calidad se dirige contra una determinada forma de organizar la vida en sociedad. De hecho, el contenido político de la demanda no busca aliviar la carga financiera en el bolsillo de las y los estudiantes universitarios y sus familias, sino generar las condiciones sociales y económicas necesarias para que el capital cultural asociado a la universidad y al conocimiento científico circule libremente en la sociedad y deje de estar concentrado en determinados círculos sociales. Esa es una demanda propiamente política pues, si bien tiene la forma exterior de una reivindicación por recursos económicos, impacta profundamente en la estructura de poder político de la sociedad.

De hecho, se trata de una problemática que va más allá de las fronteras de nuestro país. Las últimas décadas han sido intensas para los sistemas universitarios latinoamericanos, que han experimentado una abrupta y, a la vez, sostenida transformación desde la década de 1980. En este proceso, Chile ha sido un caso paradigmático del tránsito que han experimentado estas instituciones desde el paradigma desarrollista al neoliberalismo actualmente hegemónico, recogido por la Constitución vigente (donde la libertad para abrir un establecimiento educacional es más importante que la autonomía del proyecto educativo propiamente tal, la libertad de cátedra o la autonomía universitaria). Si bien este nuevo modelo de universidad mantiene algunos elementos propios de períodos anteriores, evidencia la irradiación de las lógicas del mercado hacia

los diversos ámbitos de la vida social y cultural, ya no solo dentro del ámbito económico. Como consecuencia de estas transformaciones, las propias funciones del Estado han mutado, tanto en cuanto al modelo de financiamiento como a sus funciones reguladoras, lo que supone un rediseño del sistema universitario y de las propias universidades: mientras se disminuye drásticamente el financiamiento público de la educación superior, proliferan agencias públicas reguladoras y normativas especiales, condicionando el quehacer universitario.

En rigor, no se trata de una reducción de la presencia estatal en la educación superior, sino de una reformulación de sus funciones, la que ha transitado desde el financiamiento a la regulación, desde la provisión directa a la privatización y la acreditación de la calidad, lo que ha implicado trasladar la carga financiera desde el Estado hacia los estudiantes y sus familias. Esta propuesta neoliberal, que aspira a terminar con la dependencia del subsidio estatal y lo vincula con el desempeño institucional, se ha vuelto normal en el imaginario político, contribuyendo a reconfigurar las relaciones de poder político. Asimismo, el neoliberalismo imperante apuesta por una expansión de los mercados a ámbitos tales como la cultura y las instituciones sociales, aplicando las lógicas concursables y de competencia a todos los ámbitos de la sociedad, como si todo fuera económico.

En Chile, dichas transformaciones fueron implementadas durante la década de 1980, luego la Constitución promulgada ese mismo año, que sirvió de sustento normativo para la implementación del nuevo modelo y, especialmente, para protegerlo ante reformas posteriores. Se trata de un caso particularmente interesante para ejemplificar las dificultades que significa buscar el cambio social por la vía de reformas legales o constitucionales, sin enfrentar el desafío mayor de cambiar la Constitución. A pesar de las buenas intenciones, lo cierto es que no es posible avanzar en reformas estructurales dentro de los márgenes de la Constitución vigente lo que significa, en términos políticos, que cualquier reforma parece destinada a naufragar en las aguas neoliberales que despliega el actual orden constitucional. Es el caso de la gratuidad universitaria aprobada en

2018, paradigma del ciclo de movilizaciones sociales de la última década, así como de la imposibilidad de avanzar en reformas estructurales sin antes cambiar la Constitución.

La campaña presidencial de 2013, de hecho, estuvo marcada por el impacto político de dos grandes reivindicaciones sociales: educación gratuita y nueva Constitución. Los primeros años del Gobierno de Michelle Bachelet (2014-18) se caracterizaron por una tensa discusión de los distintos proyectos de ley que buscaron establecer la gratuidad universitaria. Tras años de negociaciones políticas (que incluyeron un sistema transitorio de financiamiento a través de una glosa en la ley de presupuestos generales entre 2016 y 2018, así como una trabada sentencia del Tribunal Constitucional), en 2018 fue promulgada la Ley sobre Educación Superior (la Nº 21.091), que establece un particular sistema de financiamiento de la educación universitaria. La norma no establece la desarancelización del sistema universitario (ni siquiera de las universidades públicas), sino un complejo modelo de financiamiento focalizado en el pregrado, bajo la lógica de un subsidio a la demanda con fondos estatales asignado según criterios socioeconómicos. El sistema no contempla fondos basales para sostener el resto de las actividades propias de la universidad.

Así, la ley regula un complejo sistema de financiamiento que establece requisitos socioeconómicos para las y los estudiantes que postulan a la *gratuidad*, así como ciertas exigencias institucionales y administrativas que deben satisfacer las universidades que quieran acogerse a él; dichos requisitos también se exigen a las universidades estatales. La ley estipula las condiciones que deben cumplir las instituciones para acogerse a este sistema: contar con acreditación institucional de excelencia, estar organizadas como personas jurídicas sin fines de lucro, estar adscritas al sistema único de admisión y aplicar políticas que permitan el acceso equitativo de sus postulantes. Asimismo, se establecen las obligaciones de las instituciones que se acogen a este sistema: deberán regirse por la regulación estatal tanto de sus aranceles como de las vacantes ofrecidas, junto con otorgar títulos de manera gratuita.

Una de las principales dificultades del sistema ha radicado en la fijación de aranceles para instituciones con características y rendimientos muy dispares: desde universidades estatales complejas hasta universidades privadas con fines de lucro, considerando los diversos matices entre ambos polos. La División de Educación Superior del Ministerio de Educación regula cada año, y previo informe de una comisión de expertos (otra más), los aranceles que las instituciones pueden cobrar a sus estudiantes. Este mecanismo ha tensionado la estructura del sistema universitario, al homogeneizar el financiamiento de parte importante del quehacer académico –la enseñanza de pregrado– sin considerar un sistema adecuado para financiar las actividades de investigación, extensión y posgrado, las que todavía dependen, íntegramente, de criterios de mercado: a través de concursos para acceder a recursos estatales y del *libre* juego de oferta y demanda.

Sin embargo, aun cuando tanto instituciones públicas como privadas pueden acogerse a este mecanismo, estamos en presencia de una regulación legal que no es de aplicación universal. Se trata de una normativa destinada a financiar la educación universitaria o superior de estudiantes que pertenecen a determinado porcentaje de la población de menores recursos y solo por una única vez. A través del Formulario Único de Acreditación Socioeconómica cada estudiante postula al sistema de gratuidad y becas estatales. Según los resultados que obtenga en dicha caracterización socioeconómica, y en la medida que cumpla los demás requisitos legales, puede acceder ser elegible para la gratuidad o no. Actualmente, considerando tanto universidades como centros de formación técnica o profesional, cerca de 340.000 estudiantes reciben este beneficio (mayoritariamente en el sistema privado), lo que supone una cobertura de la gratuidad cercana al 30% del estudiantado. Sin embargo, durante 2019 al menos el 10% perdió el beneficio por razones asociadas al rendimiento académico o a la caracterización socioeconómica, debiendo optar entre pagar sus estudios o abandonarlos.

Asimismo, la normativa establece requisitos de avance curricular para determinar si la o el estudiante puede renovar la beca de arancel, o bien, acceder a una; para estos efectos, cada estudiante debe aprobar un mínimo de asignaturas: el 60% de los ramos inscritos correspondientes al primer año académico de la carrera o el 70% a partir del segundo año. En cualquier caso, la ley establece que sólo se podrá acceder a este beneficio de la gratuidad durante la duración nominal de la respectiva carrera, de modo tal que los años adicionales de estudio deberán ser financiados, parcialmente, por la o el estudiante, traspasando parte de dichos costos a las universidades. Así, la ley establece el cobro del 50% del arancel para el primer año de atraso y del 100% del arancel regulado para los años siguientes. Junto con el incentivo a las universidades a no retrasar el avance curricular de sus estudiantes, esta medida incorpora un importante sesgo de clase en el sistema de financiamiento, al no considerar el impacto de las condiciones socioeconómicas de vida en el rendimiento académico, asumiendo que todas y todos los estudiantes se encuentran en igualdad de condiciones para rendir académicamente, premiando dicho rendimiento en clave de mérito individual.

Este complejo diseño de financiamiento a la educación superior permite que un grupo determinado de postulantes pueda estudiar gratuitamente, pudiendo acceder, según sus resultados académicos, a una universidad acogida a este sistema de gratuidad; sin embargo, está lejos de significar la desarancelización de las universidades, ni siquiera de aquellas de carácter estatal. Se trata, en suma, de un diseño que no garantiza el ejercicio universal del derecho a la educación, pues mantiene la lógica de focalización del gasto público según criterios socioeconómicos, así como la estratificación de las universidades conforme a dudosos criterios de calidad, competencia y estabilidad institucional.

A pesar de que las movilizaciones estudiantiles impulsaron un debate centrado en la crítica a la elitización del conocimiento y la segregación social de la educación superior, el foco de la legislación se ha centrado en subsidiar la demanda en el marco de determinado

mercado de servicios educacionales, en una sociedad donde la educación todavía parece ser concebida como un bien de consumo, o bien, como una inversión económica de retorno individual. Esa forma de concebir los derechos sociales, en clave individualista y neoliberal, ha impedido reflexionar no solo sobre el sistema universitario que el país necesita, sino sobre cómo la educación contribuye a generar condiciones sociales más justas y equitativas. Parte importante de esa concepción se debe a la forma en que la Constitución de 1980 regula los derechos sociales, que extiende las lógicas del mercado a la provisión de derechos, rompiendo con su carácter universal.

Descentralización del poder y gobiernos locales

Chile enfrenta un desafío importante de cara el rediseño de un número significativo de sus principales instituciones, pues el cuestionamiento social al modelo heredado de la dictadura –parcialmente reformado en 1989 y 2005– ha alcanzado un punto de no retorno. Dentro de la diversidad de temas, el eje de las reivindicaciones ciudadanas gira en torno al ejercicio del poder, considerando que las principales reformas se refieren a la protección de los derechos fundamentales, al régimen de gobierno y a la estructura territorial del Estado.

Todas estas demandas implican distribuir poder político que actualmente se encuentra concentrado siguiendo distintos factores, por cierto territorial, pero también hay concentración del poder en clave de género, en las relaciones con los pueblos originarios, con la población migrante, etc. El desafío, por tanto, no radica solo en reformar el instrumento que regula el ejercicio del poder, sino en diseñar una nueva distribución del poder. Sabemos que la regla general es que, en toda relación de poder, el sujeto/agente que lo ejerce no está dispuesto a cederlo voluntariamente en favor de quien lo reclama. El poder tiende a consolidarse en quienes ya lo ejercen, siendo muy baja la inclinación a sensibilizar con las demandas que reivindican poder político, aun cuando las puedan reconocer, en abstracto, como legítimas.

Esta carencia es más profunda que una simple falta de empatía. Se trata de sujetos que se encuentran en posiciones de cierta distancia: uno que ejerce el poder frente a otro que lo reclama. Esta realidad podría generar dos grandes efectos que me interesa destacar: por una parte, afecta negativamente la posibilidad de reconocimiento y

respeto mutuo de los sujetos en tanto legítimos titulares de derechos políticos; por otra, quizá más grave, mientras mayor sea la distancia entre los sujetos, mayor será el riesgo de que sus discursos queden completamente disociados respecto de la realidad del otro. Esta eventual disociación sitúa el conflicto político en un punto muerto, ante la necesidad de construir una solución adecuada a las críticas que se levantan contra la actual distribución del poder político, específicamente para hacer frente al centralismo. Esta distancia se verifica en que la forma de entender los conflictos sociales depende de la posición específica de cada agente en el entramado de relaciones de poder. Tal especificidad en la comprensión del conflicto es acentuada por la negación del otro como agente válido, lo que dificulta la posibilidad de identificar el conflicto y formular soluciones.

Creo que es fundamental poner en evidencia que la inteligibilidad del problema es clave para construir soluciones que permitan superarlo. El punto es que las herramientas para las soluciones al centralismo no están disponibles en aquellos contextos sociales en los cuales el centralismo no es un problema. Incluso, aquello que es visto como un problema desde los márgenes, que deriva de una distribución no equitativa del poder, desde el centro es percibido como un fenómeno normal que obedece a las propias deficiencias de los márgenes, normalizando una relación de poder que opera en su beneficio. Esto lo hemos escuchado muchas veces: que en regiones no hay suficiente capacidad técnica instalada para asumir las competencias delegables, que no generan recursos, que por algo falló el intento federalista de la década de 1820, que tenemos una cultura centralista, que las reformas borbónicas del siglo xviii, en fin, que la corrupción está desatada en algunas regiones o municipios. Una serie de afirmaciones que, aun cuando en algunos casos puedan tener sustento empírico, se trata de observaciones cargadas por la especial posición de poder del observador, que impiden una reflexión honesta sobre la cuestión y hacen más difícil todavía desmontar la actual distribución del poder.

La pregunta central –de una vigencia abrumadora luego de los acontecimientos que siguen al 18 de octubre de 2019– es: ¿puede

solucionar un conflicto quien no es capaz de verlo?

El dilema político en el marco de toda reivindicación social radica en la mayor o menor capacidad que tienen quienes detentan el poder de responder a una demanda por una distribución distinta del mismo cuando, por regla general, se encuentran en una posición social de privilegio; esta disociación puede devenir en la absoluta incapacidad de generar diálogos para construir una solución. Si no hay punto de contacto, no habrá diálogo posible entre los agentes con pretensiones políticas diferentes, rigidizando el estado actual de las relaciones de poder y tensionando el conflicto social. Al hablar del rediseño del régimen territorial de distribución del poder en Chile, la cuestión hasta ahora planteada será determinante para llevar la discusión a buen término. Hasta ahora hemos visto que el poder central ha articulado diversas medidas y reformas parciales que, aunque parecieran estar bien intencionadas, no significan una reforma estructural al centralismo. La elección directa de las y los consejeros regionales, así como del Gobernador Regional, forman parte de medidas más bien paliativas, que reaccionan ante las demandas regionalistas sin una solución efectiva en materia de redistribución del poder: traspaso de competencias y recursos.

La solución al centralismo que aqueja al país debe ser construida, principalmente, desde los territorios afectados y con un mayor protagonismo de las personas y comunidades afectadas por el centralismo, por quienes lo viven desde la necesidad y no por quienes lo viven desde el privilegio. Este tipo de demandas buscan modificar las relaciones de poder, de modo tal que puedan ser percibidas como relaciones justas por quienes hasta entonces las perciben como opresivas o abusivas. No basta una solución jurídico-constitucional; por el contrario, se requiere de una aproximación más integral que dé cuenta de la complejidad sociocultural del fenómeno, considerando que el eje de esta reivindicación es la participación ciudadana en las decisiones que afectan su propia cotidianidad.

Desde la implementación de la regionalización en adelante, se han realizado diversas reformas parciales que, sin embargo, no

responden a una propuesta sobre la estructura territorial del poder, una en que la transferencia de competencias y recursos contribuya a mejorar el ejercicio de la libertad política de la población. Es necesario discutir y planificar un sistema territorial de distribución de competencias, pues la riqueza que produce el país sigue concentrándose conforme a los mismos patrones de acumulación de los siglos anteriores. Esto supone pensar un diseño institucional que permita mayor participación e, incluso, mayor autonomía de las unidades territoriales donde se desarrollan las actividades económicas para disponer de los recursos allí generados, descentralizando el poder y desarticulando aquellos dispositivos de acumulación de la riqueza que favorecen a ciertos actores en desmedro de regiones enteras. El régimen portuario es un buen ejemplo de los vicios que es necesario superar, pues los principales beneficios económicos de la actividad portuaria van a parar al bolsillo de la empresa concesionaria y alguna parte a los fondos generales de la Nación; ni un solo peso es administrado directamente por las ciudades que alojan nuestros puertos más importantes, una anomalía que en los regímenes portuarios de otros países no se presenta.

La profundidad de la reforma a la estructura territorial del Estado dependerá de cómo dialoguen nuestras distintas visiones políticas y, por cierto, de nuestras visiones ideológicas. Pero al menos tener conciencia de que parte de la crisis de legitimidad del ordenamiento constitucional vigente pasa por el centralismo del Estado unitario constituye un avance muy positivo. Desde esa perspectiva, parece importante trabajar en los diagnósticos que expliquen el fracaso de este diseño, antes de casarnos con prejuicios históricos o culturales, para así proyectar y planificar el tipo de intervenciones que necesita el modelo.

Para el momento constituyente por el que atraviesa el país, identificar las debilidades y falencias del Estado unitario en Chile supone un desafío muy interesante, en orden a pensar una estructura territorial que satisfaga la garantía constitucional de libertad política y establezca las condiciones para un ejercicio igualitario a lo largo del país. Una solución podría ser configurar cinco o seis mega regiones

a lo largo del país, complementadas con municipalidades fuertes que garanticen una efectiva participación ciudadana. Ello supone dotar a las comunas de las competencias necesarias y, por cierto, con los recursos suficientes para su desarrollo, junto a un adecuado sistema de fiscalización. Sabemos que las municipalidades han tenido muchísimas dificultades en la administración de los servicios sociales que fueron descentralizados en las últimas décadas, principalmente en aquellos relacionados con los derechos sociales como salud y educación.

Entre otras razones, la lógica de Estado subsidiario propio de una Constitución neoliberal significó traspasar las competencias, pero no los recursos necesarios para su implementación, forzando a los municipios a funcionar como una empresa y competir para conseguir los recursos económicos necesarios. Dada esta disparidad entre asignación de competencias y de recursos, no podemos afirmar, simplemente, que los municipios han sido incompetentes o que han carecido de las habilidades técnicas necesarias para el desarrollo de sus funciones. Una adecuada descentralización requiere una asignación proporcional de los recursos centrales y, a su vez, la construcción de mecanismos eficientes para el control de su gasto y ejecución.

En definitiva, la descentralización debe ser abordada en este momento constituyente desde la óptica de los derechos de participación de la ciudadanía, asumiendo que el centro carece de los elementos suficientes para comprender el problema que ha generado la naturalización del centralismo e, idealmente, con el protagonismo de quienes oponen sus derechos a la actual distribución del poder político, que ha terminado por naturalizar aquellas relaciones materiales de poder asentadas en el centralismo.

El otro cambio, ahora en la cultura política: una Constitución que deje jugar

En la Constitución vigente reside una dimensión importante de los problemas sociales que han alimentado la rebelión popular que estalló el 18 de octubre en el país, pero no solo en la forma en que ésta es utilizada para proteger un determinado modelo de sociedad (como vimos previamente), sino en la centralidad que lo constitucional ha adquirido en las discusiones políticas en los últimos treinta años. Se trata de una manifestación del papel que han cumplido las reglas constitucionales en la neutralización de la agencia política del pueblo –es decir, la imposibilidad de la democracia representativa para transformar la promesa de la soberanía popular en decisiones coherentes con las voluntades populares supuestamente representadas– que debe ser debidamente identificada, no solo para mejorar la comprensión de la relación entre la actual crisis social y la Constitución vigente, sino para evitar que el problema perviva en el nuevo texto fundamental.

La práctica constitucional chilena se encuentra condicionada por una desafortunada concepción sobre la función que cumplen la Constitución y la Ley en la configuración normativa de nuestra convivencia democrática; particularmente, respecto de la relación que existe entre ambas normas o, mejor dicho, entre el tipo de decisión política que es posible esperar del poder constituyente y del poder legislativo en tanto representantes –mejores o peores– de la voluntad política del soberano. Aunque parezca una cuestión teórica propia del derecho constitucional, lo cierto es que tiene una importancia clave en el actual debate por una nueva Constitución, marcado por la relación entre la llamada *hoja en blanco* y el efecto político del quórum de dos tercios para las decisiones de la Convención

Constitucional: toda materia que no alcance reconocimiento constitucional deberá ser regulada por una ley posterior, probablemente, respondiendo a un mandato o reenvío hecho por la nueva Constitución, o bien, simplemente como manifestación del ejercicio regular de sus competencias.

Debemos considerar que no todas las materias reguladas por las normas jurídicas tienen rango constitucional; la gran mayoría, de hecho, se encuentra en leyes y reglamentos. Asimismo, dentro de las materias propiamente constitucionales, algunas son reguladas con mayor detalle (por ejemplo, el proceso legislativo), mientras otras son reconocidas y protegidas por el texto constitucional con menor nivel de detalle, para luego mandatar al Legislador para una regulación posterior, por ley; es el caso de los derechos fundamentales, pues las constituciones tienden a protegerlos a través de ciertos contenidos comunes a la sociedad, que configuran los contornos irrenunciables para los derechos (así como los deberes del Estado que surgen de ellos), para luego darle la competencia al Legislador para que regule las condiciones de su ejercicio legítimo. Siendo esta la regla general, la Constitución chilena vigente configura los derechos adoptando una ideología particular (de Estado subsidiario) y debilitando las facultades normativas de la Ley. Esta suerte de inversión conceptual –donde la Constitución invade el ámbito de la Ley– ha generado una práctica política cuyo eje ha sido, desde 1989, una serie de definiciones institucionales que, al ser constitucionalizadas, impidieron el debido despliegue que se espera del Legislador una democracia representativa. Ello ha profundizado la crisis de legitimidad de la Constitución y, al mismo tiempo, la crisis de confianza en el Legislador como principal manifestación institucional de la democracia representativa (agudizada, por cierto, por los diversos actos de corrupción y financiamiento ilegal de la política).

Esta desviación conceptual entre Constitución y Ley ha llevado a creer, por un lado, que cualquier problema se puede resolver con una reforma constitucional; por el otro, que la Ley no es un mecanismo efectivo para proteger nuestros derechos o enfrentar las demandas sociales. Se trata de una suerte de inestabilidad normativa que altera

la relación de equilibrio que debe haber, en una democracia representativa –y crecientemente participativa– entre Constitución y Ley, precisamente porque la Constitución vigente ha cumplido una función impropia para este tipo de cuerpos normativos: implementar un programa político particular. Por el contrario, una Constitución debe asumir dos grandes tareas, ambas atravesadas por la configuración del ejercicio del poder: distribuir las competencias y funciones entre los poderes y órganos del Estado (principalmente para establecer las condiciones de juridicidad de su actuación, sus límites y controles) y proteger los derechos fundamentales, a través de una combinación de principios generales, deberes estatales y sociales concretos y competencias para garantizar su ejercicio. En otras palabras, determinar el tipo de Estado, la forma de gobierno, las competencias y controles de cada órgano y los derechos fundamentales, entregando la regulación de detalle a la Ley, con las atribuciones suficientes para ello y el diseño institucional que garantice la debida manifestación de la voluntad soberana.

En el contexto del constitucionalismo contemporáneo, deudor de sus raíces liberales, sociales y democráticas (y de los intereses y necesidades sociales tras cada una de ellas), una Constitución no debiera imponer un modelo de sociedad, pues excluir las alternativas significa, de hecho, no solo excluir amplios sectores de la sociedad de la posibilidad de participar en la decisión sobre el tipo de sociedad en la que queremos vivir sino que, además, significa establecer condiciones de marginalidad para quienes no comparten el modelo social impuesto. Es lo que ha hecho la Constitución chilena vigente, diseñado desde una determinada concepción de la tradición liberal (en concreto, la neoliberal) que sobreprotege la propiedad privada y la libre iniciativa económica en desmedro de otros valores que dan forma a nuestra convivencia democrática y que podemos identificar en la solidaridad, la igualdad, la participación y la autodeterminación. Esta Constitución cierra materias fundamentales para la convivencia social y las excluye de la deliberación democrática, a través de una astuta combinación de dispositivos tales como la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en ciertas materias de ley, el

complejo sistema de quórum para la aprobación de las leyes y las atribuciones del Tribunal Constitucional (estas últimas profundizadas en 2005).

Para bien o para mal, la historia muestra cómo termina el asunto: la crisis de legitimidad del Estado liberal de Derecho desde la segunda mitad del siglo xix dio paso a cambios importantes, de la mano con la llamada cuestión social. Hoy, esa crisis está afectando al modelo constitucional chileno y mientras no se satisfaga, la Constitución no gozará de la legitimidad necesaria para garantizar estabilidad social.

El desafío de una nueva Constitución, por tanto, no se reduce a respetar y reconocer dichas tradiciones, sino a terminar con la exclusión de aquellas que han adquirido protagonismo en las últimas décadas, especialmente en clave feminista y de pueblos originarios. Cada comunidad política, históricamente determinada, tiene el derecho y el deber de autogobernarse, por lo que el ordenamiento constitucional, antes que petrificar determinadas opciones políticas, debe garantizar el juego democrático, de modo tal que este sea capaz de concretizar el contenido de la Constitución a partir de diferentes opciones políticas, respetando los elementos comunes de la convivencia democrática. Lo único que no debe quedar fuera de la Constitución son los fundamentos del orden social de la comunidad, una suerte de núcleo estable de la decisión constituyente.

Esta es la principal tarea pendiente en la legitimación democrática del ordenamiento constitucional chileno: permitir primero (a través de la constituyente) y garantizar después (a través del legislador) que el contenido compartido de este núcleo pueda ser determinado democráticamente por la comunidad, superando las técnicas de amarre articuladas por la dictadura civil y militar. Sólo así, este núcleo tendrá la legitimidad democrática suficiente para dotarlo de la estabilidad que requiere la sociedad.

Este ejercicio es imprescindible, incluso una vez aprobada y vigente la nueva Constitución, puesto que ninguna forma de expresión del poder constituyente puede pretender que su decisión reemplace la futura actividad política de la sociedad. La soberanía, es decir, el

poder de constituir, radica en el pueblo y parte de su ejercicio consiste en delegarlo en una asamblea o convención constituyente para redactar una nueva Constitución. Pero parte importante de dicha soberanía –quizá la parte más importante– también se realiza en el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos, a los cuales sirven tanto la representación como la participación, y ninguna decisión constituyente puede imponerse por sobre ella. Eso significa que lo constitucional siempre debe contemplar el margen suficiente y necesario para garantizar que la actividad política regular (en clave de representación, participación y autodeterminación) pueda materializar ese ejercicio de la soberanía y desenvolverse en libertad.

Las futuras generaciones aspirarán, legítimamente, a determinar las reglas de su propia convivencia democrática, enfrentando necesidades y protegiendo intereses según su contexto histórico y material, que ya sabemos será muy distinto del actual. Probablemente compartirán las matrices básicas recogidas en la nueva Constitución, pero si esta pretende imponerse por sobre la decisión de aquellos, estará condenada a la ilegitimidad, como lo está la Constitución vigente. En el marco de una sociedad plural, compleja y democrática, la apertura del texto constitucional es un mínimo teórico y político que le permite satisfacer la pretensión de estabilidad normativa propia de una Constitución y, en consecuencia, generar las condiciones necesarias para la estabilidad política y social para la convivencia, de las que hoy carecemos.

Esta apertura de la Constitución –que se manifiesta tanto en la indeterminación de sus enunciados como en las competencias que entrega a la Ley– es una garantía para la libertad política, tanto individual como comunitaria, para realizar esa soberanía que nos permite llevar adelante nuestros planes de vida y materializar, al mismo tiempo, el derecho a la autodeterminación. Es una de las funciones que cumplen las constituciones en el modelo actual del Estado de Derecho: garantizar la apertura del proceso deliberativo a través del cual se crean las normas jurídicas, sin cerrarlo a través de argumentos de autoridad; encauzar la política a través de los

elementos compartidos que la comunidad política ha consensuado, pero nunca reemplazarla.

Esa garantía de libertad política desaparece cuando el diseño constitucional se petrifica contra el legítimo despliegue de las competencias legislativas, como lo hace la Constitución vigente, temerosa de la política como un espacio de configuración del orden político y social. También desaparece ante la corrupción de las formas de representación. Sin embargo, en el afán por neutralizar la agencia política del pueblo a través de sus representantes, la Constitución se condena, irremediablemente, a la ilegitimidad. A diferencia de lo que ocurrió con los textos constitucionales de 1833 y 1925, la Constitución chilena vigente nunca podrá superar la crisis de ilegitimidad, puesto que sus instituciones obedecen a un objetivo político propio de la década de 1970 en que fue redactada: reemplazar a la política regular y neutralizar al pueblo en el ejercicio de su soberanía.

Es por estas razones que concebir la Constitución como una suerte de testamento significa, en la práctica política, cerrar el diálogo democrático en la generación de la Ley y en la implementación de las políticas públicas (como ha ocurrido desde 1990 con el texto constitucional vigente), petrificando su contenido y profundizando la distancia con los procesos de cambio social. Ello impide que la Constitución pueda cumplir con la función que se espera de ella en el Estado de Derecho contemporáneo: garantizar los derechos y la apertura del proceso democrático, a partir de la diversidad social y el pluralismo político que caracteriza a las sociedades actuales. Además, dicho diseño impide que la Ley cumpla con la función que se espera de ella en el Estado de Derecho contemporáneo: que sea una representación de la voluntad soberana del pueblo. Se trata de uno de los problemas estructurantes de la crisis de legitimidad del actual orden constitucional –así como del orden social que busca imponer– que debemos superar en la elaboración de una nueva Constitución.

Un último cambio cultural: la interpretación constitucional

Un elemento realmente clave para un cambio constitucional efectivo debe producirse en la interpretación de la nueva Constitución, particularmente para revisar qué función cumple, qué se puede esperar de quienes la interpretan, qué se les puede exigir… y qué no. La respuesta a estas interrogantes debe construirse a partir de una serie de supuestos que, a su vez, también ofrecen ciertas alternativas: las diversas concepciones de la Constitución y de la función que puede cumplir, la identificación de los intérpretes de la Carta y de sus respectivos espacios de competencia, la legitimidad de la interpretación ciudadana y de sus diversas formas de manifestación pública, en fin, concebir la propia labor hermenéutica en términos cognoscitivistas o no.

Frente a estas disyuntivas, hay un punto de inflexión que es determinante para una adecuada armonización de la interpretación constitucional, especialmente de la justicia constitucional, en nuestra cultura. El sistema vigente en Chile fue diseñado e implementado bajo la sombra de la dictadura civil y militar, lo que, a mi juicio, contribuyó a que perdiera el foco de su función, su objeto o incluso de su compromiso con la democracia constitucional.

Es suficientemente compartido que los órganos jurisdiccionales con competencia constitucional están encargados de proteger la integridad del ordenamiento jurídico y, más específicamente, la supremacía de la norma fundamental. Así, al control frente a las vulneraciones provenientes de normas infraconstitucionales que contravinieran el texto, se sumó la protección de los derechos fundamentales vía control incidental de carácter concreto. Sin embargo, naturalizar el objetivo de este sistema e identificarlo con el

texto en sí mismo es un error, por cuanto consolida el reemplazo de la política como instancia legítima para la deliberación de los asuntos de relevancia constitucional, por el propio texto de la Constitución. Dado que el texto representa una decisión política determinada (pretérita por definición), imponerlo radical e irreflexivamente a la deliberación política presente y futura sólo aumentará la brecha entre norma y realidad constitucional; esto podrá garantizar la integridad de la Carta, pero también su creciente e irremediable ilegitimidad. Por lo demás, el deber de lealtad hacia las decisiones de generaciones pasadas es cada vez menos vinculante para las venideras; saben de sobra que son titulares de la misma magnitud política que, en su momento, se manifestó como –o se arrogó el– poder constituyente y que pueden manifestarse, en tanto tal, en cualquier momento.

El sistema de justicia constitucional, empujado por la doctrina constitucional más cercana a la dictadura, dejó de proteger el sistema constitucional y se orientó a la protección de la Carta en sí misma; es decir, un sistema comprometido con las opciones políticas constitucionalizadas y no con aquello que las constituciones debieran garantizar: la apertura del sistema político y la garantía de participación en el mismo a través de nuestros derechos. En el éxito de este modelo, la interpretación constitucional, tanto jurisdiccional como doctrinaria, es clave.

Los primeros jueces constitucionales fueron funcionarios de confianza de la Junta y/o leales al régimen. Eso condicionó, con algunas notables excepciones, la comprensión acerca del rol que cumple la justicia constitucional no solo frente a la Constitución, sino también frente a la democracia. A veces se olvida que las reglas que están escrituradas en la Constitución debieran tener por finalidad garantizar el ejercicio de la democracia, para garantizar la participación libre e igualitaria en los procesos democráticos (como el legislativo), pero no para petrificar su contenido.

Si ya la interpretación jurídica es importante para determinar el sentido y alcance de la norma aplicable a un caso concreto, la

interpretación constitucional es fundamental para concretizar el contenido propiamente normativo de los enunciados contenidos en el texto; esto es particularmente evidente en las normas constitucionales de contenido abierto e indeterminado que, sin criterios estandarizados de interpretación, se transforman en verdaderos reenvíos a las dimensiones más subjetivas del intérprete (como ha ocurrido con las normas de derechos fundamentales, que han llevado a una suerte de extralimitación competencial a algunos órganos del Estado que se han colgado de los derechos como *valores*, para luego interpretarlos a partir de lo que sus propios valores les dicen a ellos mismos).

La subjetividad de los intérpretes más tradicionales de la Constitución –así como su relativa posición de privilegio social– ha sido determinante en la construcción del ordenamiento constitucional, convirtiéndose en verdaderos guardianes de la *obra constitucional* de la dictadura, a través de una serie de mecanismos principalmente utilizados en sede de jurisdicción constitucional, entre los que destaca el originalismo a la chilena. Ello corresponde a determinada concepción de la Constitución y, en consecuencia, de su interpretación: el texto como reflejo de un único contenido normativo correcto posible, que puede ser alumbrado con ayuda de las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1973-78), como si fueran depositarias de la verdad oficial. Con ello, se ha perpetuado una concepción tanto de la Carta como de su contenido. Este anquilosamiento ha impedido que la sociedad participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto en sede legislativa, como en materia de interpretación constitucional, protegiendo el contenido material del proyecto constitucional diseñado durante la dictadura.

El problema es que esto se ha incorporado ya en nuestra cultura constitucional: la protección de los contenidos plasmados en la Carta, en desmedro de garantizar la libertad política en la configuración del ordenamiento jurídico. No es que el compromiso con el proyecto de la dictadura se haya universalizado, nada más alejado de eso. El punto es que se ha extendido una cierta concepción de la

interpretación constitucional que rigidiza los contenidos de la Carta en desmedro de una mayor libertad política en la configuración del ordenamiento. Son innumerables los fallos del Tribunal Constitucional que recurren a las Actas para interpretar la Constitución; la novedad es que no lo haga. Lo propio respecto de libros, manuales y tratados, muchos de los cuales transcriben largos párrafos de las Actas sin las prevenciones metodológicas de rigor y, ciertamente, sin una reflexión crítica respecto de su contenido o de su contexto histórico.

La solución no pasa por reducir la Constitución a su mínima expresión levantando la soberanía del Parlamento, ni por eliminar la justicia constitucional (aunque si sucediera esto último, el sistema político seguiría funcionando, probablemente mejor y más legitimado). Hay ciertos mínimos que forman parte de nuestro acervo cultural y que, de alguna manera, reconocemos como vinculantes; es precisamente este reconocimiento el que los protege frente a vulneraciones. Pero hoy los reconocemos como vinculantes por las características propias del momento de aplicación del Derecho, no por los condicionamientos culturales que se puedan haber heredado del momento constituyente o que se intenten imponer desde aquel contexto de generación.

Aquí el problema es doble: por un lado, mientras la interpretación y la práctica constitucional siga comprometida con el momento constituyente, sea cual sea este, la norma continuará alejándose de la sociedad y perdiendo legitimidad; el deber de fidelidad al momento constituyente que tienen las generaciones futuras se encuentra, siempre, en progresiva decadencia y sujeto a revisión. Aceptar e incorporar esta circunstancia en nuestra estructura cultural puede contribuir a proteger, e incluso a reforzar, la legitimidad del texto constitucional (el vigente o el que se redacte en su reemplazo).

Por el otro, hay una clara opción política tras el derecho constitucional, que se hace evidente tanto en los enunciados normativos como en su interpretación, aplicación, estudio y enseñanza. Sin embargo, vivimos en un contexto académico donde

esto se oculta tras la pretendida objetividad o neutralidad científica o dogmática. De esta manera, la interpretación propuesta es presentada como un resultado "necesario", a partir de las fuentes utilizadas; en tanto se asume como necesario, es presentado como correcto, verdadero e indiscutible. Las opciones políticas y valóricas de quienes interpretan la Constitución (jueces, ministros, doctrina) condicionan el resultado de su actividad; no es que ello esté mal, entre otras cosas, porque estamos hablando de la norma que refleja el pacto político de la comunidad. Pero ello no puede constituir una puerta de entrada a la discrecionalidad de los intérpretes ni a su decisionismo ni, mucho menos, proyectar objetividad; y en esto considero también a la doctrina, especialmente a la más ligada a la dictadura, no porque hayan hecho su trabajo desde sus opciones políticas, sino porque nos han hecho creer que lo hacían desde la neutralidad del científico. Ello también ha contribuido a la deslegitimación permanente de la Carta, ya que la sociedad civil sabe cuáles son las Escuelas más cercanas a la dictadura militar y a su *legado* y sabe que no hablan desde la verdad sino desde su concepción particular.

Para superar este fenómeno y evitar la deslegitimación de la Constitución (la vigente, pero especialmente aquella que la reemplace), es necesario avanzar en la configuración teórica y conceptual de la interpretación constitucional (jurisprudencia y doctrinaria), especialmente para definir qué se le puede exigir a un intérprete de la Constitución y qué se puede esperar de su trabajo. El problema es que la lógica de *la* interpretación correcta se cuela en el ámbito de lo constitucional desde el racionalismo de la codificación, las reglas de interpretación de la Ley, el originalismo a la chilena, las opciones políticas de la dogmática, etc. Se trata, en definitiva, de una pretensión de objetividad que es utilizada como un argumento para obligar en el debate constitucional e invisibilizar las diferencias que existen en la interpretación del texto. Una Constitución concebida para reemplazar a la política, o cuya práctica constitucional esté orientada en ese sentido, está condenada a su deslegitimación. Por ello, no solo es necesario abogar por la consolidación de este

incipiente momento constituyente y cambiar el texto fundamental vigente, sino también incorporar en nuestra cultura constitucional que su función (así como su interpretación y, en definitiva, su particular sistema jurisdiccional) no es proteger el contenido político de un momento constituyente, sino garantizar la libre participación política de un proceso democrático, abierto y deliberativo.

La constituyente: con todo si no pa’qué

El proceso constituyente chileno que comienza con las movilizaciones sociales de octubre de 2019 tiene varias aristas que configuran las posibilidades para tomar una decisión política propiamente constituyente, es decir, que pueda redactar una nueva Constitución al margen de las reglas que impone el proyecto constitucional anterior. Entre esas aristas, el órgano que reciba el mandato para redactar la nueva Constitución tiene un papel central, en que vale detenerse un momento. La llamada Convención Constitucional ha sido objeto de diversas polémicas en torno a su diseño y al mandato incorporado a la Constitución vigente en la reforma al Capítulo xv, al punto de señalarse que no sería una asamblea constituyente propiamente tal.

La Convención Constitucional es una asamblea constituyente en toda regla, más allá de su denominación, porque cumple con los elementos básicos que caracterizan a toda asamblea constituyente: se trata de un órgano colegiado, integrado por personas elegidas democráticamente y por sufragio universal, cuya única finalidad es redactar una nueva Constitución, disolviéndose de pleno derecho una vez cumplido con el mandato que ha recibido. Tanto en la literatura especializada como en la experiencia de otros procesos constituyentes, esta descripción responde a la de una asamblea constituyente. Las elecciones de octubre de 2020 tienen por finalidad, precisamente, elegir a las y los integrantes de este órgano, quienes deberán redactar una nueva Constitución para Chile. La clave del proceso estará en la participación ciudadana.

Quienes niegan que la Convención Constitucional sea una asamblea constituyente lo hacen atribuyendo ciertas características específicas a esta última, como si se tratara de requisitos esenciales sin los cuales la Convención se desfigura irremediablemente en el ejercicio

de su función constituyente. Entre estos atributos se han señalado el carácter originario, soberano y plenipotenciario de la asamblea constituyente, su representatividad plurinacional y la regla de mayoría para su funcionamiento, como crítica al quórum de dos tercios fijado por el acuerdo del 15 de noviembre. Incluso se ha calificado a la Convención como una suerte de constituyente derivado, como si fuera una manifestación de la Constitución del ’80. Más allá de la opinión o preferencia política que podamos tener frente a los señalados atributos, no son estos los factores que determinan en carácter constituyente de una asamblea o de una convención.

Para despejar toda duda: cumple con los requisitos propios de una asamblea constituyente aquel órgano colegiado compuesto por personas elegidas democráticamente y por sufragio universal, cuyo único mandato sea la elaboración de una nueva Constitución, sin someterse al procedimiento de reforma establecido en la Constitución vigente; cumplido su mandato, dicha institución se disolverá por no tener más funciones que cumplir. Estas son las características de una asamblea constituyente y son las que configuran a la Convención Constitucional chilena. En cuanto a las críticas que se le han formulado, quisiera detenerme brevemente en ellas, para contribuir a despejar ciertas dudas.

Por lo pronto, el poder político originario y soberano radica en el pueblo, no en las instituciones que, en su nombre, reciben el mandato de redactar una nueva Constitución (y, ciertamente, tampoco en las que reciben el mandato de aprobar leyes). Por lo tanto, pensar que una asamblea pueda ser soberana supone, de alguna manera, desconocer que se trata de un órgano de representación popular que recibe un mandato claro, el cual es redactar una nueva Constitución; de hecho, su propuesta de texto constitucional será refrendado por el pueblo una vez que esté terminado, lo que ratifica dónde reside la soberanía del poder político. Lo propio ocurre con el carácter originario que se pretende levantar respecto de cualquier asamblea constituyente porque, nuevamente, el poder originario radica en el pueblo. Distinto es que ese carácter originario sea utilizado para ratificar que la constituyente obra sin seguir las reglas

constitucionales vigentes para la reforma constitucional; pero lo cierto es que este último es un elemento de suyo constitutivo del carácter constituyente del órgano que redacta la nueva Constitución, por lo que no agrega ningún elemento adicional. Desde esta perspectiva, la Convención Constitucional es originaria, sin ninguna duda, pues ejercerá sus funciones constituyentes al margen de las reglas que la Constitución vigente contempla para su reforma, lo que le permite redactar, originariamente, un nuevo texto.

En el mismo sentido, no es posible confundirla con una manifestación del poder constituyente derivado. Este último es una expresión jurídica de las potestades normativas de los poderes constituidos, regulares, destinada a reformar la Constitución vigente, sin alterar sustantivamente su contenido político. Se trata, por tanto, de ciertas funciones que ya se encontrarían contempladas en la Constitución vigente, como parte integrante del diseño institucional de las competencias de los órganos del Estado, especialmente legislativos. La Convención Constituyente, en cambio, se aleja significativamente de dicha caracterización, no solo porque no forma parte del proyecto político de la Constitución vigente, sino porque su función no es reformarla, sino redactar una nueva. El hecho de que sea una respuesta de los poderes constituidos a las demandas sociales y al actual momento de crisis política y social no transforma a la Convención en constituyente derivado; por el contrario, evidencia que el mandato que recibe es uno propiamente constituyente, esto es, de redactar una *nueva* Constitución.

El poder político que ejerce una constituyente no es ilimitado, por cierto, principalmente porque recibe su mandato del titular soberano y originario del poder político, el pueblo. De esta forma, una constituyente –y, ciertamente, también la Convención Constitucional– tiene un límite evidente en el objeto de su mandato: redactar una nueva Constitución. Sin perjuicio que el poder constituyente está por encima de los poderes constituidos, el ejercicio del primero no supone la concentración de los segundos, es decir, el ejercicio del poder constituyente habilita para constituir, no para legislar ni para gobernar. Como señalábamos en páginas anteriores, hay una

dimensión en la cual es razonable esperar que el constituyente se repliegue en orden a habilitar el pleno ejercicio de los poderes que ha constituido. Por eso es un error conceptual pensar que el carácter plenipotenciario de una constituyente le habilita a ejercer funciones distintas de aquellas que dan forma al mandato que ha recibido, por ejemplo, legislativas. Como consecuencia del ejercicio de la función constituyente, la Convención configurará las instituciones a través de las cuales se deberá ejercer, por ejemplo, el Poder Legislativo; en el ejercicio de dichas funciones legislativas, el Congreso deberá respetar el contenido de la decisión constituyente, como consecuencia obvia de la mayor jerarquía normativa de la Constitución. Pero esta supremacía de la Constitución sobre la Ley, la supremacía del constituyente sobre lo constituido, no le habilita, bajo ninguna circunstancia, a ejercer funciones propias de los órganos constituidos. Este es un vicio de los procesos constituyentes que la experiencia chilena debiera evitar. El órgano constituyente debe ejercer, solamente, el poder constituyente que le ha sido delegado por el pueblo soberano.

Finalmente, el carácter plurinacional de la Convención es un elemento fundamental para el éxito del proceso constituyente, por lo que significa no solo el reconocimiento hacia los pueblos originarios, sino por la reivindicación del lugar que merecen en la configuración de este nuevo orden compartido. Su presencia, así como la de mujeres, independientes y otros, será fundamental para contar con una Constitución legítima, y podrá garantizarse con el establecimiento de escaños reservados para los pueblos originarios. Por otro lado, el quórum de decisión de dos tercios no obsta al carácter propiamente constituyente de la Convención. Si bien es cierto que habría sido preferible un quórum menos exigente, este no es uno de esos elementos que definan las posibilidades de constituir, esto es, de redactar una nueva Constitución. Hay al menos dos ejemplos de procesos constituyentes de otros países donde esta misma exigencia no fue un obstáculo para constituir: Bolivia y Sudáfrica, que lograron superar fracturas sociales mucho más

profundas que la chilena y construir, democráticamente, una Constitución compartida.

La constituyente cumple una función fundamental en la configuración del orden político y social de una comunidad política, pues a través de las y los representantes elegidos democráticamente, recibe el mandato de redactar una nueva Constitución, es decir, de configurar las condiciones jurídicas y políticas a través de las cuales se va a ejercer el poder político, tanto en el Estado como en la sociedad. En tanto mecanismo para darnos una *nueva* Constitución, cumple con ciertos estándares que no se satisfacen por igual en las principales alternativas que habían propuesto hasta ahora: Congreso Nacional, convención mixta o comisión de expertos. En efecto, la Convención permite incorporar en este proceso de decisión política, a agentes políticos que no tienen una participación regular en el funcionamiento de las instituciones públicas, que representan otras concepciones del mundo y ven las relaciones políticas desde una realidad distinta.

Se trata de un mecanismo que posibilita una forma de agenciamiento político, de participación política, que podría traspasar las barreras de la clase gobernante, posibilitando que nuevos sectores del pueblo, de la comunidad política, formen parte de la decisión constituyente. Ese incremento en el estándar democrático del proceso podría generar una Constitución nueva, en la medida que permita incorporar al proceso constituyente prácticas políticas que reflejen la participación de nuevos agentes y que, como resultado de ello, se tome una decisión política distinta de aquellas que toman, regularmente, los representantes de la soberanía popular, por ejemplo, al legislar. Aquí se esconde el principal desafío del proceso: articular la Convención Constitucional con los cabildos y asambleas locales que han estado funcionando desde octubre de 2019. Hay margen para ello, puesto que será la propia Convención la encargada de definir sus reglas internas de funcionamiento así como su régimen de votaciones, por lo que nada obsta a que se apruebe un mecanismo de votación que contemple la posibilidad de articular ambas instancias.

En efecto, el mandato que recibe la Convención proviene de un pueblo movilizado en la búsqueda de nuevos objetivos, que nunca antes en la historia de Chile ha logrado conseguir: incidir en el contenido del marco fundamental de convivencia democrática decidiendo, libremente sobre su estructura institucional y sobre la configuración de las relaciones de poder de las cuales participa. Las actuales relaciones de poder político y social no serán transformadas por quienes se han visto directamente beneficiadas por ellas, sino por quienes las viven desde la vulneración, desde el abuso. La única posibilidad para que el actual proceso constituyente sea uno propiamente constituyente y no una manifestación más de la vía reformista, depende de que en él participen aquellos sectores y sujetos políticos que han estado estructuralmente relegados a posiciones de subalternidad.

No podemos olvidar que la legitimación democrática de todo ordenamiento jurídico emana de un proceso político constitutivo, cuyo contenido se proyecta hacia lo constituido, pero no se agota en él. En este sentido, en tanto mecanismo para la elaboración de una nueva Constitución, un órgano con atribuciones constituyentes como la Convención es lo único que puede garantizar su legitimidad, en la medida que pueda representar simbólicamente aquel hito de deliberación democrática necesario para que la comunidad política se constituya a sí misma como tal y, de paso, reconozca como propio al ordenamiento que emana del proceso. Esa necesidad emana no solo de la crisis de legitimidad del actual ordenamiento constitucional chileno, sino del agotamiento de la vía reformista para hacerle frente. En otras palabras, es necesario pensar el poder constituyente sin reducir la soberanía a un acto de decisión sobre sí mismo y complementarlo con una comprensión del poder que logre captar el extremo menos jurídico de su ejercicio. Es ahí donde lo constitucional constituye determinado tipo de relaciones sociales, ocultas tras las categorías jurídicas abstractas, vacías, donde se hacen efectivas las relaciones de privilegio de un grupo por sobre los otros, especialmente cuando nuestros derechos se ejercen en condiciones tan marcadas por la ideología neoliberal.

Todo momento constituyente pone fin a un orden determinado, en una serie de dimensiones eventualmente simultáneas: desde luego jurídica, pero también económica, social e, incluso, cultural. Una decisión efectivamente constituyente no solo da paso a un nuevo orden jurídico, sino también político y cultural. Un ejercicio del poder constituyente en clave emancipatoria podría iniciar una reforma cultural también promoviendo la autogestión de los bienes comunes, incluso desde fuera del aparato estatal, que permita configurar nuevas formas de organización política; la crisis en las actuales formas de organización política abre las puertas para pensar formas alternativas de organización. En otras palabras, un momento constituyente exitoso constituye a la comunidad política, a partir de nuevas formas para su agenciamiento político y no solo en relación a sus formas jurídicas externas.

La legitimidad del Derecho se explica desde una doble dimensión: el momento constituyente da paso a un ordenamiento jurídico que el pueblo soberano está dispuesto a obedecer porque *i.* lo reconoce como el resultado de una decisión política propia y, *ii.* a través de esa decisión le da sentido e identidad a la comunidad misma. Es esta, precisamente, una de las principales carencias del orden constitucional heredado de la dictadura, pues está diseñado no solo para neutralizar la institucionalidad política, obstaculizando una efectiva representación política del titular de la soberanía, sino también para desarticular al pueblo(s) como agente político.

Tengo la convicción que avanzar hacia una nueva Constitución a través de la Convención Constitucional con atribuciones constituyente, marcará un hito histórico que nos permitirá una convivencia política y social sobre la base de un acuerdo común, compartido, que sea el resultado de la más amplia participación ciudadana posible, de todos los sectores, de todas las culturas, de todos los sexos, de todos los colores políticos, de todas las religiones. Si eso ocurre –y esta vez solo depende de nosotras y nosotros– seremos protagonistas de un acontecimiento que puede cambiar el curso de nuestra historia, al redactar una Constitución sin

la incidencia de un jefe militar, un grupo de expertos o de ciudadanos honorables, como había sido hasta ahora.

Una nueva Constitución, pero nueva de verdad

Parece claro, a estas alturas, que la posibilidad de contar con una nueva Constitución no depende de cambios o reformas a nivel jurídico formal. Es decir, lo nuevo no puede ser entendido a través de las categorías conceptuales que han configurado la vía reformista desde 1989, donde solo ha tenido cabida la dimensión jurídica de lo constitucional, dejando fuera la dimensión política, especialmente aquella a través de la cual se explica el ejercicio del poder político no institucionalizado. El chileno es un diseño constitucional cuyas instituciones han sido neutralizadas para impedir una agencia política del pueblo de carácter transformador, colonizando la propia actividad política en clave binominal; pero, además, se trata de un diseño institucional que, neutralizado o no, sigue siendo beneficioso para ciertos sectores de la sociedad, privilegiados por la actual forma de existencia política de la comunidad, en desmedro de quienes sostienen la actual reivindicación constituyente.

En efecto, la crisis de legitimidad de lo constitucional no se agota en las trampas y enclaves que han impedido el gobierno de las mayorías, sino que trasciende a las formas de agenciamiento político y, en consecuencia, de representación democrática que permiten explicar la relación que existe entre el pueblo y sus representantes. En otras palabras, la imposibilidad de la Concertación/NuevaMayoría para encarnar las demandas democratizadoras del pueblo, luego de terminada la dictadura, no se explica solo por el diseño institucional que le daba veto a cierto sector y el poder de tutelaje a las fuerzas armadas. Se explica, también, por la forma en que el movimiento social sufrió/experimentó un proceso de desarticulación y por cómo sus intereses y necesidades, especialmente los intereses de los

grupos subalternos, fueron postergados por quienes estaban llamados a representarlos. Su poder político fue significativamente mermado mientras se consolidaban formas de agenciamiento político que, sin representar la voluntad soberana, proyectaron las estructuras de poder económico hacia la institucionalidad estatal. Una forma de gobernabilidad que reduce la democracia a rutinas de decisión electoral, relativas a la administración de lo ya existente, pero sin levantar alternativas reales.

Así, la crisis de legitimidad del ordenamiento constitucional vigente no se limita al despliegue del poder político en la institucionalidad estatal. La crisis es más profunda, en la medida en que el actual diseño institucional permite una representación parcial de los intereses y necesidades de la sociedad, postergando a una amplia mayoría de la población a una relación de subalternidad, sin canales de participación y de representación efectivos. Estos grupos subalternos son víctimas de las trampas de la Constitución, pero también de la estructura de poder político que caracteriza a la sociedad chilena. Esas relaciones de dominación no podrán ser disueltas solo con algunas reformas a la Constitución: requieren de un acto político propiamente constituyente, en el cual esos sujetos subalternos reclamen el protagonismo que les corresponde en la reconfiguración de las relaciones de poder de las que forman parte. Y eso no se consigue con formas de participación o representación dirigidas desde la institucionalidad, sino a través de la rearticulación del poder político de los sujetos subalternos, pilar fundamental para que el proceso constituyente derive en una nueva Constitución efectivamente nueva. En este sentido, la forma en que los grupos subalternos se configuran a sí mismos como sujetos políticos, a través de la articulación de sus diversas demandas sociales, es fundamental para la construcción del poder político necesario para protagonizar el momento constituyente. Es a través de esa articulación que un sujeto constituyente logra erguirse como tal, a través de esos espacios de reivindicación y resistencia configurados como una crítica profunda a la institucionalidad vigente.

Desarticular las trampas o enclaves autoritarios de la Constitución podría dar paso a cierto tipo de decisiones institucionales que, ahora sin las formas neutralizadoras que caracterizaron a la transición, permita a los grupos y clases subalternas un agenciamiento autónomo de su poder político. Pero también podría no hacerlo. En este punto del argumento, parece necesario evidenciar que, con o sin trampas, existen importantes sectores de la sociedad que se mantienen en condición de subalternidad, precisamente porque los mecanismos formales de representación política que caracterizan al Estado moderno, están construidos sobre criterios de exclusión, razones –políticas, sociales, culturales, pero principalmente económicas– que no se verifican por igual en toda la población y que impiden la adecuada representación de los intereses sociales. Chile es una sociedad relativamente pequeña, pero con una cantidad importante de grupos subalternos y postergados, por lo que los intereses que consiguen representación institucional son muy homogéneos, lo que contrasta con la diversidad de la propia sociedad. Dentro de dicha homogeneidad, las diferencias se evidencian, principalmente, en materias relativas a la moral sexual (la mal llamada agenda valórica) y en el juicio político a la dictadura militar. El resto aparece como un conjunto de materias en las cuales las diferencias parecen ser marginales, como consecuencia de la hegemonía de la política del consenso al centro, tan característica de esta etapa de crisis política.

En otras palabras, junto al problema de la neutralización política que emana de los enclaves autoritarios o trampas de la Constitución, debemos considerar la forma en que la institucionalidad ha devenido en un aparato para la representación de intereses (preferentemente) de clase, precisamente como consecuencia de la estructura de relaciones de poder que presenta la sociedad chilena. El contenido de este consenso tan característico de la transición chilena, es la cristalización de ciertas relaciones de poder político y social, un acto de cierre que no responde a la racionalidad de la deliberación democrática, sino a las negociaciones políticas entre 1988 y 1990 que marcaron un ciclo político, aquel que parece haberse cerrado

con la rebelión popular desatada desde octubre de 2019. Un consenso como sustantivo, que deifica el contenido de esos acuerdos y los presenta como racionales, naturalizando determinadas relaciones de poder, y no un consenso como objetivo político: consensuar un marco de convivencia compartido, pero desde nuestras diferencias.

Una serie de decisiones legislativas tomadas en los últimos años dan cuenta de cómo los intereses de los grupos hegemónicos han prevalecido, desde la tortuosa implementación de la así llamada gratuidad universal de la educación superior, hasta la cuestionada aprobación del control preventivo de identidad, pasando por una reforma laboral cuestionada por los sindicatos y las propuestas de reforma al sistema previsional, que mantienen su esencia capitalista de acumulación individual. Luego de octubre de 2019, ademas debemos sumar una serie de proyectos de ley destinados a criminalizar la protesta social y a aumentar las facultades del Estado para el disciplinamiento social. Respecto de los derechos sociales, la mentada gradualidad ha sido utilizada como una excusa para implementar reformas parciales que no modifican las estructuras de poder en la sociedad. En educación, por ejemplo, una reforma que contribuya a modificar la estructura social de poder político, debiera tener por objetivo terminar con la acumulación del capital cultural y político que permite el actual modelo de educación, democratizando radicalmente el acceso a educación pública, gratuita y de calidad. Mientras las leyes sigan favoreciendo la acumulación del capital de la sociedad en grupos minoritarios, en lugar de optar por una distribución justa y equitativa del mismo, las actuales estructuras de poder de la sociedad seguirán relegando a importantes sectores a la subalternidad, al abuso.

Es desde esta perspectiva que debemos revisar qué requisitos debe satisfacer la nueva Constitución para ser reconocida como tal, como nueva. Por cierto que no es un asunto que se defina solo desde su dimensión jurídica, pues la clave radica en la estructura de las relaciones de poder que sostiene la Constitución. Es decir, deben cambiar las formas constitucionales del poder, abriendo espacios de

participación radical a los grupos sociales estructuralmente postergados, con el objetivo de asegurar que cuando sea posible tomar una decisión institucional libre de las trabas de la neutralización propias de la transición, las y los integrantes del pueblo, en tanto titulares de derechos políticos, puedan decidir libre y autónomamente. Esas nuevas formas de representación –sin la cual es impensable la acción política colectiva– deberán desplegarse en libertad, despojadas de relaciones de dominación, desde aquellas prácticas sociales de auto organización que evidencian su comprensión como sujetos libres.

Para que un momento constituyente dé paso a una correlación de fuerzas diferente de la actual se requiere de la participación de otro tipo de sujetos políticos, no de quienes se ven inmediata y materialmente privilegiados con la actual estructura de poder social, sino por quienes no ven este orden como fuente de privilegios o, incluso, por quienes son derechamente perjudicados por éste (por eso, proponer cambio social a través de reformas es, a estas alturas, ilusorio). En otras palabras, si el proceso constituyente actualmente en curso vuelve a ser monopolizado por los privilegiados en la actual estructura de poder, podrán avanzar en algunas reformas superficiales, pero será imposible arribar a una nueva Constitución. Así, tal como en 2005, la decisión no será propiamente constituyente, porque no permitirá alterar las relaciones de poder que siguen relegando a la subalternidad a la mayoría de la población. Los pasados intentos de reforma fueron momentos de cambio constitucional que no buscaron transformar las relaciones de poder. La clave de la novedad, ahora, reside en abrir lo más posible la participación política, para que la futura estructura normativa que regule las nuevas relaciones de poder, tanto al interior de la institucionalidad estatal como en la forma en que ejercemos los derechos fundamentales, sea coherente con aquella estructura de relaciones de poder en la cual, libremente, estaríamos dispuestos a participar como una comunidad política integrada por personas libres que se reconocen como iguales.

Así, puestos a debatir sobre cómo el poder político adquiere forma jurídica a través de una decisión constituyente, la pregunta central debiera ser formulada en clave de sujetos políticos y no solo desde la forma institucional del poder. En otras palabras, qué sujetos deben participar de esta decisión para que sea constituyente, es decir, para que de ella surja, efectivamente, una estructura jurídica y política diferente de la actual, resultado de diversas prácticas políticas monopolizadas por la élite, que hoy tienen un alto grado de sedimentación.

Para ello, es fundamental pensar el momento constituyente chileno como un proceso político e histórico situado en un determinado contexto, sin limitar la construcción política a las categorías teóricas del poder constituyente. En Chile, las prácticas políticas que acompañan al Estado de Derecho dan cuenta de un autoritarismo político, cuyas huellas se pierden en la historia colonial prerrepublicana y se proyectan con fuerza hacia los siglos xix, xx… y también xxi. No solo es posible trazar la construcción de una episteme autoritaria en la formación de la cultura jurídica chilena; la evolución de nuestra institucionalidad se encuentra marcada por una sucesión de guerras civiles, golpes de estado, intentonas golpistas, represión de alzamientos populares, matanzas obreras, la guerra al sur del Biobio.

Asimismo, el influjo colonial no se encuentra del todo desarticulado en Chile, tal como lo demuestra la pervivencia del conflicto que el Estado de Chile mantiene con los pueblos originarios, especialmente con el pueblo mapuche. En nuestro país existe una matriz cultural originaria que ha sido sometida a la cosmovisión occidental impuesta durante la colonización de América. Formas originarias de configuración de relaciones de poder fueron desconocidas, suprimidas y reemplazadas, primero por los colonizadores y luego por las jóvenes élites republicanas, quienes impusieron categorías conceptuales provenientes del constitucionalismo moderno, europeizante y androcentrista. Estos dos momentos históricos, en los que las formas culturales originarias fueron desconocidas y perseguidas, son piedras angulares en la actual configuración de las

relaciones de poder político en el seno de la sociedad y configuran de manera importante esas estructuras de poder, basadas en el abuso, contra la cual parecen rebelarse importantes sectores de la sociedad. Este dato es fundamental para enfrentar el debate constituyente en el país, pues los principios del constitucionalismo no se materializan de la misma forma para todos los sectores de la sociedad, generando estadios de subciudadanía, para quienes los derechos son una promesa incumplida, y estadios de sobreciudadanía, para quienes los derechos devienen en crudos privilegios.

Constituir significa revisar críticamente las actuales estructuras de las relaciones de poder en la sociedad. Dar paso a una nueva forma jurídico-institucional de organización del poder político, tanto a nivel estatal como social requiere, en primer lugar, tomar consciencia del punto de partida desde el cual enfrentamos el desafío constituyente, asumiendo el carácter situado del proceso histórico y de la reflexión política que lo acompaña, y, en segundo lugar, revisar cómo desarticular las relaciones políticas abusivas, que impiden el libre agenciamiento político de los pueblos. Ello supone abordar el desafío –contracultural en un modelo capitalista– de terminar con los modos de acumulación del poder político que favorece a las élites y de avanzar en un modelo institucional que permita la distribución democrática del poder social. Por eso es tan necesaria la participación ciudadana más amplia en este proceso constituyente, que permita romper con las prácticas políticas de las últimas décadas, abierta a nuevos sujetos, nuevas prácticas y nuevas epistemes.

Puntos de fuga para nuevos contenidos constitucionales

Los acontecimientos que se siguen al 18 de octubre de 2019 marcan un hito político y social que ha suspendido la normalidad del régimen denominado de transición iniciado en 1990, obligándonos a discutir diversas materias fundamentales para nuestra convivencia social, que habían sido postergadas durante los últimos treinta años. Entre las variadas reivindicaciones sociales que (re)emergieron con ocasión de esta revuelta popular, destaca la demanda por una nueva Constitución. Después de varios años de una movilización social por una nueva Constitución, con distintos niveles de intensidad, y luego de algunos intentos institucionales fallidos, en 2019 se dio inicio a un proceso constituyente en Chile. En dicho contexto, parece fundamental pensar críticamente cómo los contenidos de un nuevo orden constitucional pueden responder al contexto de crisis social e institucional en el que nos encontramos, mejorando las condiciones de la convivencia democrática, no solo para resolver los problemas que han surgido en estos más de cuarenta años de implementación del modelo neoliberal, sino para evitar que el malestar social vuelva a acumularse de esta forma. El actual modelo de sociedad configura una determinada forma de existencia política, tanto a nivel de la sociedad como de nuestra propia vida familiar y personal, que ha sido el causante del malestar social y del abuso de poder; el proceso constituyente debe asumir el desafío de pensar nuevas formas para nuestra existencia política y plasmarlas en la nueva Constitución.

Eso significa que debemos pensar un nuevo diseño institucional cuyo objetivo sea configurar cauces institucionales que permitan representar y canalizar adecuadamente el malestar social (de modo tal que la institucionalidad pueda procesarlo y responder adecuada y

oportunamente). Sin embargo, con eso no basta: también necesitamos nuevos diseños institucionales, nuevas formas de acción política tanto a nivel de representación política como de participación ciudadana, que contribuyan a prevenir uno de los factores que se encuentra en la base del malestar: la concentración del poder. Este es un desafío propiamente constituyente, puesto que significa reconfigurar la forma en que una comunidad política se organiza a partir de sus prácticas políticas, pero también sociales, económicas y culturales. Para que esta reflexión llegue a buen puerto y pueda ser una respuesta a las preguntas que se levantan desde el presente de nuestro país, es fundamental pensar los antecedentes que giran en torno al 18 de octubre: sus causas, la protesta como forma de acción política, la violencia, la represión estatal.

Desde mi perspectiva, y como he venido sosteniendo a lo largo de estas páginas, existe una relación directa entre derechos fundamentales y malestar, en el siguiente sentido: la Constitución y sus leyes de desarrollo configuran el ejercicio de nuestros derechos en clave neoliberal (es decir, su provisión no es universal, pues está entregada a empresas privadas, y su garantía efectiva depende de la capacidad de pago de cada cual), lo que genera condiciones sociales que significan la desprotección de estos derechos para parte importante de la población y, simultáneamente, una posición de privilegio para quienes sí pueden pagar por ellos. Esa disparidad en el ejercicio de los derechos es abierta y notoria, en el sentido que todas y todos sabemos que esto es así; valga recordar que solo en 2018 murieron más de veinticinco mil personas en las listas de espera del sistema público de salud, mientras que las utilidades de las Isapres se cuentan por decenas de miles de millones de pesos cada año.

Esta radical disparidad en el ejercicio de nuestros derechos va configurando, inevitablemente, formas de vida completamente diferentes unas de otras, cuya injusticia se percibe cotidianamente por parte de quienes viven esos derechos desde la precariedad. No es casual que diversas demandas sociales de los últimos años se articulen contra determinada configuración de nuestra convivencia

social. Tampoco es casual, para efectos de la acumulación del malestar, que dichas demandas no hayan sido suficientemente satisfechas por la institucionalidad y que, más encima, siempre hayan encontrado la represión estatal como respuesta. Las demandas sociales en torno a salud, educación, trabajo, seguridad social, medio ambiente, agua, pueblos originarios, vivienda, igualdad entre hombres y mujeres, identidad sexual y de género –por mencionar las que pueden parecer las más importantes de los últimos años– han configurado una cierta forma de agenciamiento político del pueblo a través de la cual se demanda otra forma de convivencia social, una que no esté marcada por la mercantilización de la vida propia del modelo neoliberal de sociedad impuesto hace más de cuarenta años.

Es evidente que todas estas demandas sociales confluyen en una reivindicación que, si bien no es una solución directa a ellas, parece una etapa ineludible en el proceso del cambio social: la nueva Constitución. Detrás de cada una de estas demandas podemos encontrar derechos fundamentales cuyo ejercicio es mejor o peor protegido por la Constitución, norma que ha cumplido un doble papel en este contexto: por un lado, ha sido utilizada como una suerte de muro de contención, un obstáculo ineludible para avanzar en los cambios necesarios para responder a estas demandas sociales; por otro, la forma en que la Constitución determina las condiciones de reconocimiento y ejercicio de nuestros derechos, tanto directamente como a través de las normas legales que la complementan, configura una determinada estructura de poder político y social que ha sido funcional a la acumulación del poder y su ejercicio abusivo.

A través de las constituciones se establece la forma jurídica del poder político, especialmente del que se ejerce desde las instituciones del Estado, reguladas en las normas constitucionales. Pero, como ya señalara previamente, las normas constitucionales también condicionan cómo se ejerce ese poder político en la sociedad, a través de aquellas relaciones sociales, entre personas y sectores de la sociedad, que surgen del ejercicio de los derechos fundamentales. Estas relaciones configuran nuestra vida cotidiana y las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales

(como el derecho a la educación), así como las leyes que las desarrollan y regulan su ejercicio (como la regulación del sistema escolar o del acceso y financiamiento de la educación superior), atraviesan las condiciones en que accedemos a ellos, cumpliendo un papel muy importante para nuestra cotidianeidad. Lo propio ocurre con aquellos derechos que la Constitución no reconoce (como es el caso de la vivienda), con lo que se evade la responsabilidad estatal en su garantía y protección y se entrega su provisión, simplemente, al mercado.

Del mismo modo, esas regulaciones determinan las condiciones de mayor o menor libertad e igualdad bajo las cuales se construyen las relaciones sociales entre, por ejemplo, hombres y mujeres, entre la población mestiza y los pueblos originarios, entre nacionales e inmigrantes, en fin, entre ricos y pobres. Según la preferencia (o sesgo) que esas normas constitucionales tengan, las relaciones sociales que se construyen en torno a ellas estarán más o menos orientadas, por ejemplo, a la formación y reproducción de privilegios, a la consolidación de relaciones de dominación, o bien, el ejercicio universal de derechos fundamentales.

Considerando que las actuales estructuras sociales de poder político son parte de las causas de la acumulación del malestar social del llamado estallido del 18 de octubre y de la revuelta popular que le sigue, es fundamental pensar, democráticamente, una nueva Constitución que dé paso a nuevas estructuras de poder político y social, unas que no estén marcadas por la mercantilización de nuestras vidas (a través de la mercantilización de los derechos sociales) ni por la concentración del poder (la verdadera causa tras el abuso es la concentración del poder, así como la ausencia de contrapoderes efectivos, lo que genera las condiciones de posibilidad del abuso). Este es, a mi juicio, el contexto de la discusión constituyente, por lo que una nueva Constitución debiera enfrentar dos desafíos transformadores, propiamente constituyentes: garantizar el ejercicio de derechos sociales al margen de los criterios mercantiles y construir un diseño institucional que contribuya a desconcentrar el ejercicio del poder político y social.

A pesar de las reformas que se han realizado al texto constitucional, el ejercicio de los derechos fundamentales todavía está marcado por las opciones políticas y normativas plasmadas en la Constitución. En este sentido, la Constitución vigente es la misma que se promulgó en 1980, pues el sistema de reconocimiento y protección de derechos se mantiene, prácticamente, tal como en su versión original, sin reformas estructurales. Se trata de un aspecto crucial para la actual demanda constituyente, particularmente importante respecto de los derechos sociales (salud, educación, trabajo, vivienda, pensiones) que han estado en el centro de las movilizaciones de las últimas décadas. El modelo de Estado subsidiario significa una debilidad estructural para la garantía efectiva de nuestros derechos, por cuanto significa replegar el aparato estatal en la provisión de servicios públicos y entregar dicha tarea a las empresas privadas. Es lo que hemos visto, por ejemplo, en salud: importantes recursos públicos están siendo destinados a financiar prestaciones en centros privados de salud, en lugar de fortalecer al sector público; eso supone debilitar la garantía de un ejercicio universal del derecho y, de paso, contribuir al lucro de los centros de salud privada, con fondos públicos.

Se trata de un sistema constitucional donde el ejercicio de los derechos no solo se encuentra radicalmente mercantilizado sino que, además, está marcado por la acumulación y concentración del poder político y social: el sistema de capitalización individual de las AFP y la forma de explotación del agua en clave propietaria –a pesar que el agua es un bien público y su consumo un derecho humano– sirven como ejemplos para respaldar esta afirmación. Detrás de cada uno de estos derechos, especialmente de la forma en que el ordenamiento constitucional condiciona su ejercicio, se traban relaciones sociales marcadas por cierto tipo de formas de ejercer poder político. La nueva Constitución deberá asumir el desafío de configurar nuevas normas para el poder social, a través de la garantía de derechos sociales no mercantilizados, la protección efectiva del medio ambiente y el fin de las zonas de sacrificio, la plena igualdad de derechos entre hombres, mujeres y la diversidad

sexual, entre la población mestiza y los pueblos originarios, entre otras.

Al mismo tiempo, pensar una nueva Constitución supone asumir el desafío de construir nuevas formas jurídicas para las estructuras institucionales del poder político: nuevas normas para configurar el poder político en el Estado, que permitan enfrentar y superar la crisis de legitimidad del orden constitucional y la crisis de representación de sus instituciones principales. En este sentido, necesitamos una forma de gobierno que garantice el debido equilibrio de poder entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, estableciendo mecanismos de control tanto internos (entre los poderes del Estado) como externos (especialmente ciudadanos), de modo tal que ninguno de esos poderes devengue en abusivo y se garantice que su ejercicio se verificará en beneficio del interés general. Asimismo, es necesario un nuevo modelo de organización territorial, efectivamente desconcentrado tanto política como económicamente, que permita fortalecer los gobiernos locales y distribuir las riquezas que cada territorio genera de manera solidaria, sin generar bolsones de pobreza ni zonas de sacrificio; la clave, en este sentido, es fortalecer el ejercicio equitativo de los derechos políticos de las y los habitantes de todo el país, a través de un diseño de representación política que garantice, simultáneamente, la participación ciudadana y la autodeterminación de los pueblos, tanto mestizos como originarios.

Ambos elementos son fundamentales para la actual discusión constituyente, pues solo una nueva forma de organizar el ejercicio del poder político y social puede dar paso, efectivamente, a una nueva Constitución. No basta con reformas parciales, dada la envergadura de la crisis política y social que nos afecta y el carácter estructural de las diversas demandas sociales que se han acumulado, junto con el malestar, a lo largo de las últimas décadas; es necesaria una nueva Constitución. Es esa novedad la que debemos pensar en el ciclo constituyente que se abrió en 2019, desafío en el que deben participar todos los sectores de la sociedad, especialmente aquellos que han sido estructuralmente postergados por el actual orden constitucional y su modelo de Estado subsidiario, cuyas demandas

han sido sistemáticamente invisibilizadas en las últimas décadas: son esas formas de vida, esas experiencias políticas y sociales las que permitirán pensar la novedad que demanda el presente y participar, democráticamente, en la construcción de una nueva estructura de relaciones de poder, una nueva Constitución para Chile.

Qué garantías tenemos: solo participar

En los distintos cabildos, asambleas, charlas y conversatorios en los que he participado en los últimos meses, hay una pregunta que, junto a otras, se repite con cierta frecuencia: "¿Qué garantías tenemos de que esto resulte bien?". Se trata de una pregunta compleja, que surge no solo desde quienes quieren una nueva Constitución y temen que la configuración del proceso termine por neutralizar la potencia transformadora del poder constituyente, sino también por parte de quienes solo quieren reformas y ven que esas mismas condiciones abren un escenario de mucha incertidumbre ante un recorrido político inédito en la historia del país. El constante recurso de sembrar el temor entre la población con ejemplos de otros países en crisis no contribuye en nada a que podamos tener un diálogo abierto y democrático, profundizando las dudas.

Lo cierto es que la respuesta tiende a desconcertar un poco a la audiencia, pues no tenemos ninguna garantía de nada: ni el éxito está asegurado ni, mucho menos, el fracaso estrepitoso que algunos sectores auguran. El proceso constituyente actualmente en curso consiste en un itinerario más o menos formal para que a través de él se manifieste la voluntad popular, primero en el plebiscito de abril de 2020, luego en las elecciones constituyentes de octubre del mismo año, en la elaboración del contenido de la nueva Constitución y en el plebiscito ratificatorio o referéndum de salida. El éxito de cada etapa del proceso dependerá de cómo y cuánto participemos en ellas y de qué tan en serio nos tomemos la responsabilidad histórica que le corresponde a esta generación en la configuración de sus propias reglas de convivencia democrática. Nos hemos convocado, desde los acontecimientos que cambiaron el rumbo del país un 18 de octubre, a construir un país diferente, más justo y solidario, desde la dignidad

y la colaboración. El proceso constituyente es una manifestación concreta de aquello y su éxito dependerá, directamente, de nuestra participación.

Dado el actual contexto de crisis institucional, política y social por el que atraviesa el país, las condiciones de participación no son las ideales. Aunque son mejores que aquellas que tuvimos para el plebiscito del 5 de octubre de 1988, creo que podemos afirmar que este proceso constituyente es un paso dentro del siempre inacabado camino de la construcción democrática de nuestras formas de convivencia, de nuestras prácticas políticas y sociales. Es un paso importante, sin duda, pues nos permitirá construir democráticamente un nuevo orden constitucional, redactar una nueva Constitución, no para darle más poder a la clase política (como erradamene se ha dicho), sino como un acto de empoderación del pueblo como titular de la soberanía, que permita modificar y mejorar sus condiciones para el ejercicio de sus derechos, sus condiciones de vida.

Este paso constituyente, y la forma en que logremos construir una práctica social y política respetuosa de la democracia, de nuestros derechos y de nuestras diferencias, dependerá de nosotras y nosotros, de nuestra capacidad para articular el camino de salida de las viejas formas del poder, de mejorar las viejas formas de representación y avanzar a paso firma hacia la participación efectiva y el autogobierno, dentro de las formas que decidamos darnos. La alternativa, rechazar la posibilidad de darnos una nueva Constitución, supone confiar en que la vieja forma de la política puede resolver el actual estado de crisis y que podría responder de una forma distinta a como lo ha hecho en los últimos 30 años. Como sabemos que *la normalidad era el problema*, debemos ser capaces de asumir el protagonismo que nos demanda la historia y transitar por este camino constituyente con la esperanza de que nuestra participación efectiva tendrá la potencia suficiente para superar esta crisis democráticamente, transitando hacia una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, aprobando una nueva Constitución para Chile.

Lecturas sugeridas

El presente libro es el resultado de muchas lecturas que han alimentado la reflexión, así como de muchas conversaciones con distintos equipos de trabajo, tanto en la Universidad como en los espacios sociales que se han abierto en los últimos meses. Con el fin de acompañar el camino que recorre este libro, así como los pasos previos que explican el contenido de sus páginas y sus proyecciones, quisiera proponer algunos libros que podrían servir como complemento.

En primer lugar, varias de las ideas aquí expresadas las he desarrollado con mayor profundidad en un libro publicado hace un par de años, donde reviso los problemas que ha tenido el ejercicio del poder constituyente a lo largo de los últimos años en el país, especialmente en los intentos realizados durante el gobierno de la Presidenta Bachelet (2014-18). Se trata de *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno* (Valparaíso, Edeval, 2018), donde reviso las complejas relaciones entre lo constituyente y lo constituido y las dificultades que presentan ciertas demandas sociales para desplegar su potencial transformador, especialmente los derechos sociales, uno de los principales factores del malestar. En alguna medida, mi libro *Elementos para una teoría constitucional democrática* (Santiago, Librotecnia, 2014) sirvió para ensayar algunas reflexiones importantes en el sentido de revisar el orden constitucional vigente y marcar sus contrapuntos más significativos con uno plenamente democrático. Ambos libros marcan una cierta hoja de ruta en la

revisión crítica de la Constitución chilena, que el presente texto busca proyectar hacia la contingencia del actual momento constituyente.

Desde una perspectiva más teórica, he tratado de complementar la comprensión que un profesor de Derecho puede tener acerca de la legitimidad del orden constitucional vigente y, especialmente, de la centralidad que adquieren las prácticas políticas en este fenómeno de lo constitucional, con lecturas ajenas al Derecho. Considerar las prácticas políticas en el análisis jurídico en general y constitucional en particular, parece clave para comprender cómo las decisiones normativas responden a ciertas concepciones políticas a través de las cuales se busca disciplinar las conductas sociales y, en consecuencia, configurar las estructuras de poder a través de las cuales las personas llevan adelante sus vidas.

Entre estos autores, ha sido muy importante la lectura del trabajo de Michel Foucault, especialmente en lo relativo a la identificación de las razones que se esconden detrás del origen genealógico de nuestras instituciones y de los saberes postergados o derechamente rechazados en aquellas coyunturas históricas que dan forma al orden actual. Este ejercicio permite ampliar el marco para la comprensión de la crisis de legitimidad del orden vigente y, a la vez, alimenta el trabajo de pensar escenarios futuros. Entre la abundante producción intelectual de Foucault, quisiera destacar *Hay que defender la sociedad* (Madrid, Akal, 2012), *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2008) y las conferencias reunidas en *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa, 2011), que me ha permitido ver cómo la técnica jurídica y constitucional responden a una estructura de relaciones de poder cuyo objetivo es proteger determinado proyecto político.

Asimismo, considerando que la idea de consenso ha cumplido un papel fundamental para la historia política más reciente del país, impidiendo una adecuada manifestación política de la diferencia a través del agenciamiento político del pueblo, las lecturas de Chantal Mouffe han sido importantes para comprender el valor del disenso y

cómo su consideración fortalece la democracia. Entre sus trabajos quisiera señalar *La paradoja democrática* (Barcelona, Gedisa, 2003) y *En torno a lo político* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011). En ellos hay una reflexión muy estimulante acerca de cómo la presión constante por forzar el consenso tiene un germen totalitario que desconoce y menosprecia las diferencias políticas. Afirma que la realización efectiva del consenso general que proponen algunas teorías liberales, puede significar el fin de la sociedad democrática, al homogeneizar las vidas que pueden ser vividas dentro de dicho consenso y condenando a la exclusión a aquellas que no calcen dentro de ese marco.

Otras reflexiones han sido importantes en el esfuerzo por comprender el funcionamiento de la democracia chilena y del sistema constitucional. Por ejemplo, el trabajo de Wendy Brown *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo* (Barcelona, Malpaso, 2015) ha permitido revisar los vínculos entre la actual forma de organización económica, de carácter neoliberal, y el debilitamiento del ejercicio de los derechos, especialmente los de carácter político. En una línea similar pero con un sello local y latinoamericano, cabe destacar a Álvaro Ramis y su *Bienes comunes y democracia. Crítica del individualismo posesivo* (Santiago, Lom, 2017) y al libro de Verónica Gago, *La razón neoliberal* (Buenos Aires, Tinta Limón, 2015). Comprender el actual funcionamiento del neoliberalismo y sus diversas manifestaciones en la sociedad es fundamental para pensar e imaginar horizontes futuros, especialmente en medio de un momento de crisis constituyente. En clave propiamente constituyente, destaca el libro de Antonio Negri titulado *Poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid, Traficantes de Sueños, 2015), con sugerentes reflexiones críticas acerca de los límites y posibilidades para el ejercicio del poder constituyente. Asimismo, *De nuevo la sociedad*, de Carlos Ruiz (Santiago, Lom, 2015), ya evidenciaba la acumulación del malestar social en Chile y las causas en el modelo de sociedad neoliberal.

En Chile, la discusión constituyente lleva algunos años y ha dejado una serie de textos que pueden ser de gran ayuda para comprender el sentido de la crisis actual y los escenarios que se abren, tanto en lo que se refiere al proceso constituyente como a los contenidos posibles de la nueva Constitución. El diagnóstico más certero acerca de la envergadura del problema constitucional que aqueja al país fue formulado por Fernando Atria en *La Constitución tramposa* (Santiago, Lom, 2013), donde plantea una reflexión novedosa y fundamental para comprender el impacto de las trampas a través de las cuales la Constitución impedía el libre despliegue de la voluntad soberana, desarticulando los mecanismos de representación en clave binominal y neoliberal. Este trabajo fue clave para pensar las alternativas al orden vigente.

Entre aquellos textos que recogieron las reflexiones sobre las alternativas y soluciones posibles, destaca el libro editado por Claudio Fuentes y Alfredo Joignant titulado *La solución constitucional* (Santiago, Catalonia, 2015), donde se ensayan una serie de mecanismos alternativos para el despliegue de la discusión constituyente. En cuanto a los contenidos de un nuevo texto constitucional, el reciente libro *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente* (Santiago, Lom, 2019) contiene una serie de propuestas concretas que pueden contribuir a la discusión que debe enfrentar el país en este nuevo ciclo histórico. Este libro, a su vez, es la respuesta a otro destinado a levantar un diagnóstico acerca de los problemas de la Constitución vigente, titulado *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago, Lom, 2015), ambos editados por Christian Viera, Juan Carlos Ferrada y por el suscrito. También con una serie de propuestas concretas podemos dar cuenta de *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, editado por Flavio Quezada y Eduardo Chia (Santiago, Instituto igualdad, 2015) y el texto *Propuestas Constitucionales*, editado por Lucas Sierra (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016). Como es posible advertir, desde diversos espacios se han levantado

distintas propuestas destinadas a abrir la discusión constituyente y a contribuir en la definición de la nueva Constitución.

Encuéntranos en...

Otros títulos de la colección...

EUGENIO TIRONI
Planeta